

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 111.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'INCAPACITÉ DES ENFANTS DE FAMILLE

EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT

DE L'EXÉCUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

PASSÉS PAR LE FAILLI

ANTÉRIEUREMENT A LA FAILLITE

EN DROIT FRANÇAIS

PAR

AUGUSTE SOUCHON

Avocat à la Cour d'Appel

Lauréat de la Faculté de Nancy (1884-1885-1886)

Lauréat du concours général des Facultés de droit en 1886 (2^e mention).

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée,

24, rue Soufflot, 24.

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'INCAPACITÉ DES ENFANTS DE FAMILLE

**EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT**

DE L'EXÉCUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

**PASSÉS PAR LE FAILLI
ANTÉRIEUREMENT A LA FAILLITE
EN DROIT FRANÇAIS.**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

AUGUSTE SOUCHON

Avocat à la Cour d'Appel

Lauréat de la Faculté de Nancy (1884-1885-1886)

Lauréat du concours général des Facultés de droit en 1886 (2^e mention).

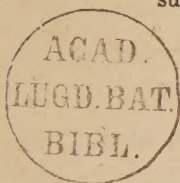
L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le *jeudi 17 janvier 1889*, à 4 heures.

PRÉSIDENT: M. BUFNOIR,

SUFFRAGANTS: { MM. RATAUD,
ESMEIN,
MASSIGLI.

} PROFESSEURS.
AGRÉGÉ.

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée,

24, rue Soufflot, 24.

1889

DE L'INCAPACITÉ DES ENFANTS DE FAMILLE

EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT

INTRODUCTION.

Les études sur les institutions du très ancien droit romain sont, en général, reléguées au second plan dans les préoccupations des romanistes. Il n'y a pas bien longtemps que, dans les facultés, l'enseignement du droit romain portait sur l'explication des Institutes. Aujourd'hui les textes qu'on nous apprend à commenter à l'école, sont surtout ceux du Digeste, qui font revivre à nos yeux le droit de l'époque classique; et nous pouvons ainsi suivre l'évolution historique qui s'est opérée pendant la période qui s'étend entre les débuts de l'empire et le règne de Justinien; mais les ouvrages classiques sont à peu près muets sur les règles du droit à l'époque des XII Tables et pendant toute la période de la République. Il n'y a rien là de bien étonnant, si nous songeons que les textes sur ces époques reculées nous font presque complètement défaut, que seule la littérature nous

fournit quelques renseignements trop peu précis; et que les jurisconsultes du Digeste eux-mêmes semblent avoir systématiquement ignoré les institutions antérieures à leur temps.

Cependant depuis ces dernières années un mouvement de réaction semble s'opérer, et plusieurs publications toutes récentes donnent une place très grande aux études du très ancien droit romain.

Les savants français ont, du reste, été précédés dans cette voie par la science allemande — et c'est encore de l'autre côté du Rhin que nous viennent les renseignements les plus précieux sur le droit romain avant l'époque classique.

L'étude que j'entreprends a pour but d'examiner une difficulté relative à cette première période juridique. C'est une thèse au sens strict du mot, c'est-à-dire l'essai de la démonstration d'un point controversé ou tout au moins discutable. Bien souvent du reste, j'en serai dans cette démonstration réduit à des hypothèses que les textes ne viennent pas confirmer d'une façon aussi précise que je l'aurais désiré.

C'est l'écueil de toutes les études remontant à une époque très reculée. Je crois cependant que ces études, malgré leurs imperfections forcées, ne sont pas inutiles, lorsqu'on veut bien apercevoir le plein développement historique des institutions romaines.

J'essaierai d'établir cette proposition que les enfants de famille n'ont pas toujours été capables de

s'obliger par leurs contrats et que la capacité contractuelle passive ne leur a au contraire été accordée que par un mouvement de réaction dont je tacherai de déterminer l'époque et les causes.

Jusqu'à présent la plupart des romanistes ne semblent pas avoir pressenti l'existence de la difficulté. Ils se sont presque tous bornés à constater l'existence du principe de la capacité à l'époque impériale, sans indiquer qu'il est possible que ce principe n'ait pas été de tous temps reconnu par les Romains. Mais deux auteurs allemands considérables, M. Voigt dans son ouvrage intitulé : *Die zwölfen taffeln*, et M. Mandry dans le *Gemeine familien Rechts* proposent comme certaine la règle de l'incapacité primitive. Les raisons qu'ils apportent à l'appui de leur opinion sont assez décisives pour qu'un auteur français ait pu écrire : « Il paraît démontré qu'à l'origine les *filiifamilias* n'étaient pas capables de s'obliger » et l'opinion nouvelle a déjà été enseignée à la faculté de Paris dans certains cours de droit romain. Je ne peux donc pas avoir en la défendant la prétention de poser un principe nouveau, et je pourrai déjà appuyer ma théorie de l'autorité de noms considérables dans la science.

Je diviserai mon étude en trois chapitres. Dans un premier j'examinerai la situation des enfants de famille à l'époque classique. Je rechercherai quelle était sous les empereurs la capacité contractuelle des *filiifamilias* et cette première partie, pour la-

quelle je trouverai des textes précis, sera la base solide de ma démonstration. Je chercherai ensuite dans un second chapitre quelles sont les causes qui rendent tout au moins très vraisemblable l'hypothèse de l'incapacité primitive ; et je donnerai dans une troisième partie un argument de plus en faveur de cette hypothèse, en montrant comment le principe ancien d'incapacité a pu se transformer en principe de capacité, et en cherchant à établir que ce changement n'a rien que de conforme à la marche générale du droit romain, et plus particulièrement à l'histoire de la puissance paternelle.

CHAPITRE PREMIER.

ÉPOQUE CLASSIQUE.

Nous allons donc étudier d'abord la capacité des enfants de famille à l'époque classique, dans la période du plus brillant développement du droit romain, sur laquelle les textes du Digeste nous fournissent des renseignements précis.

Le principe qui à cette époque domine la matière tout entière est celui de la capacité des enfants de famille : grâce à l'analyse scientifique on est arrivé à créer entre les personnes et les choses une ligne de démarcation bien nette, qui, nous le verrons, n'existait peut-être pas au début; et pendant que les esclaves sont considérés comme *res*, les droits des personnes sont au contraire formellement reconnus aux enfants en puissance. Or les Romains semblent considérer le droit de s'obliger comme inhérent à la qualité de personne. — Logiquement ils devaient donc reconnaître ce droit aux enfants de famille.

Des textes précis viennent prouver que telle était bien la solution admise par la législation classique. Les deux lois qu'on cite le plus souvent pour établir cette proposition sont deux fragments de Gaius.

L'un forme la loi 141 § 2 au titre *De verborum*

obligationibus, et l'autre la loi 39 (*De oblig. et action.*).

Les termes qu'emploie Gaius dans la loi 39 sont aussi explicites que possible, et ne laissent aucun doute sur la validité théorique des obligations contractuelles des enfants de famille. « *Filiusfamilias* « *ex omnibus causis, tanquam paterfamilias obli-* « *gatur, et ob id agi cum eo tanquam cum patrefa-* « *miliis potest.* »

Dans le second des textes que j'ai cités le jurisconsulte, il est vrai, s'exprime d'une façon déjà moins nette. « *Pubes vero obligari solet* », dit-il en nous parlant du fils de famille pubère.

Il y a dans ce mot « *solet* » comme un doute sur l'existence même du droit, qui s'explique très bien, si on croit, comme j'essaierai de le montrer, que la capacité des enfants de famille établie par la coutume n'avait pas existé de tous temps, et que peut-être même elle était de date assez récente à l'époque où écrivait Gaius. Quoi qu'il en soit de la forme sous laquelle le principe était constaté, il l'était bien certainement; et à l'époque de Justinien le souvenir des institutions primitives étant complètement perdu, c'est en termes absolus et précis que l'empereur reconnaît la capacité des enfants de famille.

Quand nous disons — des enfants de famille — nous étendons un peu les textes, car tous ceux que

(4) *Inst. L. III, VII, De in. st., § 6.*

nous avons sur la matière, ceux rédigés par Gaius, comme ceux d'Ulpien et de Justinien lui-même nous parlent seulement du *filiusfamilias*, et passent sous sous silence la capacité de la *filiafamilias*.

Est-ce donc que la *filiafamilias* n'aurait pas eu la même capacité de s'obliger que l'enfant mâle ? Est-ce qu'il y aurait eu une époque du droit romain où les femmes en puissance ne pouvaient pas encore s'obliger valablement, alors que les hommes le pouvaient déjà ?

La question est célèbre. Elle a soulevé parmi les anciens commentateurs du droit romain des controverses fort vives. Il est aujourd'hui un premier point sur lequel l'accord est à peu près fait, et tous les auteurs reconnaissent qu'à l'époque classique, à partir d'Ulpien, tout au moins, les filles de famille étaient capables de s'obliger. Il existe en effet un texte de ce jurisconsulte, qui nous dit que le sénatusconsulte macédoniens'appliquait à la fille de famille : « Hoc senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet (1). » C'est bien la preuve que les filles de famille étaient en général capables, puisqu'il fallait dans une hypothèse spéciale restreindre cette capacité.

Mais la nouvelle lecture d'un texte de Gaius nous permet d'établir d'une façon certaine, qu'à l'époque de ce jurisconsulte, la capacité des filles de famille n'existait pas encore.

(1) L. 9, § 2, *De sen. cons. maced.*, XIV, 6.

Il s'agit du § 104, com. III de Gaius. On avait avant Studemund proposé plusieurs lectures de ce texte — et pendant que Pellat lisait : « Sed in servis et in iis
« qui *in mancipio sunt*, illud præterea jus observatur
« ut *non solum ipsi* cujus in potestate mancipio ve
« sunt, *obligari non possint sed ne alii quidem*. »

Giraud écrivait dans le *Novum Enchiridion* :
« Sed *de servis et de iis* qui in mancipio sunt :
« illud præterea jus observatur ut non solum ipsi
« cujus in potestate, mancipio ve sunt obligari non
« possint sed ne alii quidem ulli. »

La publication de Studemund vint montrer que les deux versions étaient fausses et qu'il fallait lire — « qui in mancipio est et et *quæ in manu est*
« non solum ipsi cujus juris subjecti subjectæ ve
« sunt obligari non possunt ne alii quidem ulli. »

On voit dès lors que pour Gaius la femme *in manu*, et par conséquent la *filiafamilias* (1) (puisqu'il y a assimilation entre les deux conditions), étaient encore incapables de s'obliger comme l'esclave ou le *mancipatus*. Pour les femmes la transformation du principe se serait donc opérée entre l'époque de Gaius et celle d'Ulpien.

Cette capacité accordée aux filles de famille n'a du reste rien d'anormal, car de très bonne heure la tutelle des femmes *sui juris* n'étant plus devenue

(1) Il est probable que le mot qui n'a pu être lu et qui est remplacé par des points était précisément *filiafamilias*.

qu'une forme bientôt destinée à disparaître, la capacité des *filiaefamilias* ne les plaçait pas dans une situation plus indépendante que celle des femmes *sui juris*.

Les commentateurs ont donc longtemps discuté pour savoir si la capacité des filles de famille a existé de tous temps. Tout naturellement, la thèse que nous soutenons tranche la question, et il est bien certain que si à l'origine les fils de famille n'étaient pas capables les femmes en puissance ne l'étaient pas non plus.

Nous aurons plus loin à revenir sur la situation qui pouvait leur être faite pendant la première période du droit romain ; mais nous nous occupons dans ce premier chapitre du droit à l'époque classique, et le texte d'Ulpien nous montre qu'alors la capacité était la même pour les filles que pour les fils.

Cependant certaines traces de l'incapacité primitive des *filiaefamilias* subsistent encore à l'époque classique. C'est ainsi qu'elles ne peuvent s'obliger ni par la *dotis dictio*, ni par le commodat (1).

Pour la *dotis dictio* l'exception peut être expliquée : ce mode de constitution ne peut, en effet, être employé que par un très petit nombre de personnes. Cette limitation lui donne un caractère exceptionnel, et il n'est pas étonnant, dès lors, qu'il ne soit pas permis à la *filiaefamilias*, d'autant plus qu'il semble indiquer par ses formes un droit de propriété

(1) (*Frag. vat.* § 99), (L. 3, § 4, comm. XIII, 6).

immédiat. Mais cette explication n'est guère décisive, et il est plus naturel de voir dans cette exception au principe général, une trace d'un passé d'incapacité, qui, pour les filles, a bien certainement existé.

Quant au commodat, la règle que nous révèle le § 4 de la loi 3 au titre *De commod.*, est plus difficile encore à expliquer. On ne voit pas la raison d'une différence en cette matière, entre la capacité de la femme en puissance et celle du *filiusfamilias*. Il faut, du reste, remarquer que le texte qui indique cette anomalie n'est pas très précis. Dans une première phrase, le jurisconsulte nous dit que lorsqu'un commodat a été consenti à un fils de famille, le créancier a, outre l'action directe contre le contractant, l'action *de peculio* contre son père.

Il ne nous parle plus ensuite que de l'action *de peculio*, si c'est une fille qui a contracté.

L'engagement de cette *filiafamilias* a donc eu tout au moins pour effet d'obliger son père. Ce n'est pas une incapacité complète qu'établit le texte; et il est très possible, comme le fait remarquer Savigny, que le silence du fragment sur l'obligation directe ne prouve pas du tout l'inexistence de cette obligation. Ce silence tient peut-être au contraire à ce que, pour le jurisconsulte, la validité de l'obligation directe ne pouvait pas être mise en doute.

En résumé, le principe de la capacité s'applique aux filles de famille comme aux enfants mâles; mais

les filles ne peuvent pas s'obliger par la *dotis dictio*, et il y a doute en ce qui touche le commodat.

Mais tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux enfants de famille pubères. Quant aux impubères ils sont frappés d'une incapacité absolue.

Une des lois que nous avons invoquées pour établir le principe général de la capacité, rappelle expressément cette impossibilité pour les *filiifamilias* impubères, de contracter une obligation quelconque. Les auteurs expliquent en général cette incapacité en disant que les enfants de famille impubères n'ont jamais besoin de s'obliger.

Il est vrai que, n'ayant pas de patrimoine, ils auront bien rarement l'occasion de contracter; mais ce n'est pas seulement une impossibilité de fait que constate la loi 141 § 2, *De verb. obl.*, c'est une incapacité de droit. Quand bien même dans une hypothèse exceptionnelle, mais cependant possible à concevoir, le fils de famille impubère aurait intérêt à contracter, il ne le pourra pas. Il est incapable d'accomplir lui-même un acte juridique, et personne ne peut le remplacer, puisqu'il n'a pas de tuteur, et qu'un père ne peut pas donner son *auctoritas* aux actes de ses enfants.

Cette règle assez difficile à expliquer, si on admet que la capacité des enfants de famille a toujours existé, devient au contraire toute naturelle, si on croit à une période primitive d'incapacité. C'est qu'alors il est facile de supposer que les causes de

réaction contre le droit primitif étant — comme nous le verrons — spéciales aux enfants pubères, la transformation se soit opérée à leur seul profit, et qu'on ait négligé de changer l'ancien droit pour les impubères, parce que la pratique n'avait pas montré qu'il eut pour eux des inconvénients bien sérieux.

Exceptions au principe général.

Le principe ainsi posé et délimité, il nous reste à étudier les exceptions que le droit romain admettait à la règle générale de la capacité.

1^o Il en est d'abord une très peu importante; mais que je ne veux cependant pas passer sous silence parce qu'elle n'est pas sans intérêt pour notre étude.

Cette exception nous est indiquée par la loi 2 § 1, au titre *De pollicitat.*

Ce texte nous dit que les fils de famille et les esclaves « sine patris dominive auctoritate non obligantur. » Il y a là une dérogation remarquable au droit commun. Nous l'expliquerons plus tard en la considérant comme un vestige du passé ayant subsisté dans le droit classique, mais pour le moment il nous faut seulement préciser la portée de l'exception. Le fils de famille n'est pas absolument incapable de s'obliger par un vœu religieux; mais ce vœu n'est civilement valable que si le fils a eu, pour le faire, l'*auctoritas patris*.

Il y a là quelque chose de tout à fait anormal,

puisque d'une part l'*auctoritas* ne devait être donnée qu'à des impubères ou à des femmes, et d'autre part c'est le tuteur seul qui pouvait être appelé à la donner. Or, notre texte nous parle d'une *auctoritas* donnée par un père à son enfant pubère. Il est du reste un point que le fragment laisse douteux, et on peut se demander après l'avoir lu si le *paterfamilias* pouvait par son *auctoritas*, valider le vœu d'un enfant impubère. Le texte ne le dit pas d'une façon certaine mais cela paraît probable, si on songe que l'obstacle qui empêche les personnes *alieni juris* impubères de contracter c'est que le droit commun n'admet pas l'*auctoritas patris*. Puisque cette *auctoritas* est par exception admise en matière de vœux, pourquoi le père ne pourrait-il pas la donner à son fils impubère aussi bien qu'à celui qui a déjà dépassé l'âge de la puberté ? Ainsi comprise, la loi 2 § 1, *De poll.*, contient à la fois une extension et une restriction au droit commun, en ce sens que les vœux auraient été possibles pour tous les *filiifamilias* pubères ou impubères, mais les uns et les autres n'auraient pu les faire qu'avec l'*auctoritas patris*.

2° *Du sénatus-consulte Macédonien.* — une seconde exception au principe de la capacité avait été établie par le sénatus-consulte macédonien. Je ne peux pas faire une étude détaillée de ce sénatus-consulte, et je me bornerai à indiquer rapidement son but, sa date, et la mesure précise dans laquelle il restreint la capacité des enfants de famille.

Le sénatus-consulte macédonien a eu pour but d'empêcher les prêts d'argent aux fils de famille. A Rome, le *filiusfamilias* ne pouvait être propriétaire, et dès les débuts de l'époque impériale cette incapacité absolue de posséder ne se trouvait plus en rapport avec le rôle du fils de famille dans la société. — Le fils en puissance pouvait avoir des besoins d'argent de toutes sortes, non seulement pour ses plaisirs, mais encore pour ses affaires ou pour ses ambitions. Il devait forcément être tenté d'emprunter ; mais sa dépendance dans la famille lui rendait cette opération fort difficile. Nous verrons que le prêteur, qui aurait consenti à verser ses deniers entre ses mains, était exposé à ne pouvoir de bien longtemps rentrer dans ses fonds, et les droits de la puissance paternelle venaient fortement limiter ceux des créanciers. Dans de telles conditions, ces créanciers ne pouvaient guère être que des usuriers, qui spéculaient sur les difficultés qu'avaient les fils de famille à emprunter, et se dédommageaient de leurs risques, en exigeant des intérêts énormes. — Les emprunts étaient donc pour les fils de famille particulièrement onéreux, et pouvaient devenir pour eux une cause de ruine, lorsque la mort de leurs pères ne venait pas bientôt leur permettre de s'acquitter. Si nous en croyons les textes, le mal était assez grand pour que les fils de famille soient tentés de chercher à abrégier la vie de leurs pères.

En tous cas, dès le règne de l'empereur Claude, le

législateur dut prendre contre cette situation des mesures de préservation sociale. — Tacite nous dit qu'à l'époque de ce prince, une loi fut rendue, défendant de faire aux fils de famille des prêts remboursables à la mort de leurs pères (1). On a quelquefois confondu cette loi avec le sénatus-consulte macédonien lui-même; mais un texte de Suétone établit très nettement que le sénatus-consulte date du règne de Vespasien (2). Nous allons voir, du reste, qu'il a une portée plus générale que la loi de Claude, dont nous parle Tacite.

Ce qu'il nous importe surtout de retenir de cette question de date, c'est que, dès l'époque de Claude, la capacité des enfants de famille avait déjà donné lieu à des abus et qu'il était nécessaire de les réprimer. Cette remarque ne nous sera pas inutile, quand nous rechercherons l'époque vers laquelle a dû s'introduire le principe de la capacité des enfants de famille.

Nous avons maintenant à nous demander quel est le moyen employé par l'empereur Vespasien pour protéger les pères contre les conséquences possibles des dettes de leurs fils. Ce moyen est très simple. L'empereur déclare qu'il est interdit de prêter aux *filiifamilias*, que les prêts qui pourraient leur être faits malgré cette prohibition ne seront pas reconnus par la loi, qu'en conséquence les créanciers n'au-

(1) *Annales*, l. XI, ch. XIII.

(2) Suétone, *Vespas.*, II.

ront pas d'action pour obtenir leur paiement ou que leur action sera paralysée par une exception. Ainsi il y a une espèce d'opposition entre le but des législateurs et le moyen qu'ils emploient pour y arriver. C'est le père qu'ils veulent protéger, c'est en sa faveur que la prohibition est établie, et si elle n'est pas respectée ce seront non seulement les pères, mais encore les *filiifamilias* et même les simples cautions qui pourront invoquer la nullité de l'obligation ; mais il fallait bien qu'il en fût ainsi pour que les pères de famille fussent véritablement protégés. Le danger qu'ils couraient provenait des dettes de leurs fils. Pour supprimer le danger, on supprima les dettes. Mais la nullité établie par le sénatus-consulte a des caractères qui lui sont propres. Au fond elle produit les mêmes effets que toutes les nullités : c'est que le créancier ne triomphera pas en justice, quand il demandera son paiement ; mais c'est d'une façon spéciale que lui sera opposée la défense tirée du sénatus-consulte. L'obligation du fils de famille est nulle. Il semble que, poursuivi par son créancier, le fils débiteur va opposer cette nullité devant le magistrat, qui ne délivrera pas de formule. C'est ainsi que les choses se passaient dans certains cas, lorsqu'il n'y avait pas de doute possible sur la violation du sénatus-consulte. Souvent, au contraire, le prêteur accordait la formule au créancier demandeur ; mais dans cette formule il insérait une exception qu'on appelait *senatusconsulti macedo-*

niani. Si le juge estimait qu'il y avait eu violation du sénatus-consulte, il devait absoudre le défendeur protégé par l'exception. Le magistrat agissait alors, comme il aurait pu le faire, s'il n'y avait pas eu de loi prohibant le prêt aux enfants de famille, et s'il avait voulu, de sa propre autorité, par réaction prétorienne empêcher ce prêt de produire ses effets légaux. Cette anomalie a donné lieu à des discussions fort intéressantes, qui trouveraient leur place dans une étude détaillée sur le sénatus-consulte, mais que je suis forcé de passer sous silence. Je me bornerai à faire remarquer, avant d'abandonner cette question, que l'exception du sénatus-consulte avait une énergie particulière, puisqu'elle pouvait être opposée même à l'*actio judicati*.

Il nous reste maintenant à délimiter le domaine d'application du sénatus-consulte. Nous avons vu que ce qu'avait voulu empêcher l'empereur Vespasien, c'étaient les emprunts faits par les fils de famille. Pour tous les autres actes, leur capacité reste entière; mais il leur est rigoureusement interdit d'emprunter, et peu importe la forme qu'ils ont employée pour arriver à ce résultat. Ce que prohibe le sénatus-consulte, ce n'est pas seulement le contrat réel de *mutuum*, c'est d'une façon générale toute opération qui se ramène à un prêt fait au fils de famille (1), et il nous faut remarquer que bien

(1) L. 3 § 4; LL. 4 à 6, *De sen. mac.*

souvent cela n'est pas à l'aide d'un *mutuum* que ce contrat devait être effectué.

Les Romains avaient conservé de leur primitive législation l'habitude de donner à beaucoup de leurs contrats la forme qui, à l'origine, avait dû être seule admise : la forme *verbis*. Plus particulièrement il arrivait souvent en matière de prêt à usage que l'emprunteur s'engageait par une stipulation à rembourser les deniers qui lui étaient avancés. Peut-être même en était-il toujours ainsi quand cet emprunteur était une personne *alieni juris*, car on ne voit pas comment, étant incapable d'être propriétaire, cette personne *alieni juris* aurait pu recevoir la *datio*, qui était un des éléments essentiels du *mutuum*, la *res* de ce contrat. L'exception du sénatus-consulte aurait pu alors être opposée à l'action *ex stipulatu*, comme elle l'aurait pu l'être à l'action *ex mutuo*.

Quelles étaient les personnes auxquelles l'emprunt était interdit?

C'étaient, nous disent les textes, les *filiifamilias*, et un fragment, que nous avons déjà eu l'occasion de citer, nous apprend que la prohibition s'étendait aux femmes en puissance (1).

Mais par *filiifamilias* faut-il entendre tous ceux qui sont *alieni juris*? ou seulement ceux qui sont sous la puissance directe de leur père par opposition

(1) (L. 9, § 2, *De sen. mac.*, XIV, 6).

aux *nepotes neptesque* placés sous la puissance de leur aïeul. Au titre du sénatus-consulte macédonien, comme dans beaucoup d'autres, le mot *filiusfamilias* désigne d'une façon générale tout enfant en puissance, comme le prouve la loi 6, C. IV, 28. En résumé, c'est donc à toutes les personnes *alieni juris* soumises à la *patria potestas*, que s'applique le sénatus-consulte macédonien.

Il y a cependant des cas où l'emprunteur est un *filiusfamilias*, et où l'exception du sénatus-consulte macédonien ne peut être invoquée. Mais pour faire comprendre ces dérogations à la règle générale, il m'est nécessaire d'anticiper quelque peu sur certaines explications que j'aurai à fournir plus tard. Nous verrons que par leurs contrats les fils de famille ne sont pas seuls à s'obliger. En raison de leur situation dépendante, en considération des avantages que leurs pères peuvent quelquefois retirer de leurs opérations, ces pères peuvent être liés par les obligations de leurs fils. Ils peuvent donc avoir intérêt à invoquer l'exception du sénatus-consulte pour repousser la poursuite dirigée contre eux-mêmes.

Il peut se faire que l'exception du sénatus-consulte ne puisse être invoquée ni par le *pater*, ni par le *filiusfamilias*. Il en est ainsi :

1° Lorsque le père a autorisé le prêt, ou même l'a ratifié après coup — et nous trouvons ici une seconde application d'une sorte d'*auctoritas patris*

venant valider l'acte que le fils de famille aurait été à lui seul incapable d'accomplir (1);

2° Quand le père a profité du prêt;

3° Lorsque le fils de famille passait pour être *sui juris*;

4° Quand il a employé l'argent à se libérer d'une action contre laquelle il n'avait aucune exception à invoquer;

5° Quand le fils de famille était mineur de 25 ans.

Dans ces différentes hypothèses l'action ne produira pas toujours contre le père les mêmes effets. Dans le premier cas il sera tenu *de peculio*, dans le second *de in rem verso*, dans les autres *in solidum*. Mais dans ce fait que l'obligation du fils n'oblige pas le père de la même façon, dans des hypothèses différentes, il n'y a qu'une application des règles du droit commun que nous examinerons bientôt. En ce qui touche le sénatus-consulte, il suffit de dire qu'il ne reçoit pas son application dans les hypothèses que je viens de citer.

Par contre, il peut se faire que le sénatus-consulte reçoive une application partielle. — Il est en effet des cas où l'exception qu'il engendre peut être invoquée par le *pater*, mais ne peut pas l'être par le fils. — C'est ce qui arrive, lorsque le fils est propriétaire d'un pécule castrense, ou quasi-castrense (2) ou bien

(1) L. 7 § 11 et § 15 au Code, IV, 28. — L. 4 et 7 pr. C. *Ad. s. m.*

(2) L. 4 § 3, D. *De sen. mac.*

encore quand ce *filiusfamilias* s'est fait frauduleusement passer pour *sui juris* (1).

En résumé nous voyons donc que le sénatus-consulte restreint la capacité des enfants de famille en ce sens que leurs emprunts ne donnent naissance à aucune action efficace, sauf dans les cas tout spéciaux où le sénatus-consulte, pour des raisons qu'il est facile de dégager, ne reçoit pas son application. Mais il ne faudrait pas croire que le Macédonien frappe les fils de famille d'une incapacité absolue en matière d'emprunts. — « Nulla est obligatio », disent les textes ; mais ces termes ne s'appliquent qu'à l'obligation civile, et malgré sa nullité, il reste à la charge de l'emprunteur une obligation naturelle susceptible de produire certains effets légaux. Ces effets varient, suivant que l'emprunteur est encore en puissance, ou bien est devenu *sui juris*.

Examinons d'abord l'hypothèse où le *filiusfamilias* n'est plus engagé dans les liens de la puissance paternelle. Il peut alors ratifier son obligation et la ratification fera complètement disparaître le vice qui l'annulait. En outre, si par erreur l'ancien fils de famille a remboursé les deniers qui lui avaient été prêtés, il ne pourra pas exercer la *condictio indebiti*. C'est là l'effet le plus ordinaire des obligations naturelles. Si nous supposons, au contraire, le *filiusfamilias* encore en puissance, il ne peut pas être

(1) L. 4 au Code, *De sen. mac.*, IV, 28.

question de ratification, puisque cette ratification serait entachée de la même nullité que l'obligation elle-même. Mais la répétition sera toujours impossible en cas de paiement par erreur. Tout au moins, le fils de famille obligé naturellement, ne pourra-t-il pas demander cette répétition mais il n'en est pas de même de son père, qui n'est pas obligé naturellement (1) et qui, grâce à la revendication, pourra obtenir le recouvrement des deniers qu'il aura indûment payés, pourvu que le créancier ne les ait pas consommés.

Lorsque la consommation aura déjà eu lieu, il est évident que le père ne pourra plus intenter l'action en revendication, mais pourra-t-il exercer une *condictio* ? Le point est douteux pour les interprètes. Il l'était même pour les jurisconsultes romains, puisqu'Ulpien rapporte deux opinions contraires. L'une de Marcellus, et l'autre de Julien (2).

La doctrine qui probablement finit par l'emporter c'est que le père de famille pouvait exercer la *condictio* contre le créancier de mauvaise foi au moment du paiement, mais non pas contre celui qui croyait avoir été payé par un ancien *filiusfamilias* devenu *sui juris*. Le texte d'Ulpien semble favorable à cette solution. Les arguments qu'on peut faire valoir en sa faveur sont très complètement développés.

(1) L. 10, *De sen. mac.*.

(2) L. 9 § 1, *De sen. mac.* Machelard, *Obl. naturelles*, p. 116.

pés par M. Machelard dans son *Traité des obligations naturelles*.

Nous voyons en somme que l'empereur Vespasien apporta par le Macédonien une restriction à la capacité des enfants de famille, en décidant que certaines de leurs obligations n'engendreraient plus d'action ; mais il n'y a pas là, même en ce qui touche l'emprunt, un retour à l'incapacité absolue, qui devait exister à l'origine, puisque celles de dettes, qui sont annulées par le sénatus-consulte, conservent encore une certaine existence, en tant qu'obligations naturelles.

3^e Une autre restriction importante au principe de la capacité des enfants de famille, c'est l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de contracter soit avec leur *paterfamilias*, soit avec les personnes *alieni juris* placées comme eux sous la puissance de ce *pater*, — et il n'y a pas de différence à faire entre les deux hypothèses, puisque dans l'une comme dans l'autre, c'est le père qui devient créancier.

Cette impossibilité nous est attestée par des textes des Institutes, qui ne peuvent laisser aucun doute (§ 4 et § 5, *De inut. stip.*). Il est bien certain que cette incapacité n'est pas une innovation de Justinien. Ce serait un recul invraisemblable vers le passé. Du reste, nous trouvons au Digeste, des textes de l'époque classique, dont nous aurons l'occasion de reparler, et qui, en réglant les effets de l'obligation simplement naturelle du fils de famille, engagé

envers son *pater*, établissent que cet engagement ne donnait pas naissance à une obligation civile.

Il y a dans cette nullité des obligations entre *patres* et *filiifamilias* une incapacité toute spéciale, dont les textes ne nous donnent pas la raison, et qu'ils se bornent à constater ; mais il n'y faudrait pas voir une conséquence fatale de la situation générale des enfants de famille. — J'ai déjà remarqué à propos de l'incapacité des *filiifamilias* impubères, que cette incapacité n'avait pas d'autre fondement que la défense de la loi. C'est une observation que je répéterai ici.

L'obligation contractée par le *filiusfamilias* envers son *pater* est nulle parce que la loi le déclare formellement ; mais non pas, comme on l'a dit souvent, parce que l'existence d'une semblable obligation est incompatible avec l'organisation de la famille romaine. — On a invoqué deux textes du Digeste : les lois 4 et 11 au titre *De judiciis*, qui déclarent que le père ne peut pas agir en justice contre son fils, et on a dit : Puisqu'entre le père et le fils il ne peut pas y avoir d'action, comment pourrait-il exister entre eux une obligation qui contient toujours une action en germe ? En réalité on pourrait très bien concevoir l'existence de l'obligation malgré la prohibition de l'action. Le fils de famille débiteur n'aurait pas pu être poursuivi par son père durant la puissance paternelle. Il aurait pu l'être après sa dissolution, soit par le père en cas d'émancipation, soit par les héri-

tiers de ce père dans l'hypothèse de sa mort. — Or, en réalité, il n'en est pas ainsi. La poursuite contre le fils n'est pas plus possible après qu'avant la dissolution de la puissance paternelle. L'obligation contractée est nulle *ab initio*. Elle reste toujours nulle. C'est qu'il y a plus qu'une simple conséquence du principe des lois 4 et 11 *De judiciis*. Il ne faut pas dire non plus que l'obligation entre deux personnes de la même famille est nulle, parce qu'il n'y a pour ces deux personnes qu'un seul et même patrimoine. — Il est bien certain que tant que les fils de famille sont en puissance, leurs obligations n'ont pas contre eux de sanctions bien sérieuses, puisqu'ils n'ont pas de patrimoine; mais cela est vrai de toutes leurs dettes et non pas seulement de leurs obligations envers leurs pères. — On pourrait donc être amené ainsi à ne reconnaître la validité d'aucun de leurs engagements, — et c'est un point sur lequel j'aurai à revenir; mais dès l'instant que l'absence de patrimoine n'empêche pas les *filiifamilias* de s'obliger envers les tiers, elle ne doit pas être la cause de leur incapacité envers leurs *patres*.

Si j'insiste autant sur ce point que les § 4 et § 6 au titre *De inut. stip.*, établissent une incapacité, qui ne résulte pas nécessairement de l'organisation de la famille, c'est que c'est là une constatation que je montrerai importante au point de vue spécial de ma thèse. Il faut, en effet, trouver une cause à cette incapacité. Peut-être n'est-elle qu'une survivance, dans

un cas spécial, de l'incapacité générale à l'origine.

Il faut ajouter, du reste, que l'obligation du *filius* envers son *pater*, produit certains effets légaux.

Elle est *inutilis*, nous disent les Institutes ; mais le mot s'applique au lien civil, et une obligation naturelle se forme à la charge du *filius*. Cette obligation, d'abord rend impossible la répétition quand il y a eu de la part du fils paiement ou acte équivalent (L. 68, *De cond. ind.*) (1).

En outre elle peut servir de base à l'obligation des fidéjusseurs, qui veulent garantir l'obligation du fils de famille (L. 56, § 1, *De fid.*).

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude des restrictions qu'apportait le droit classique au principe de la capacité. A celles dont je viens de parler il convient seulement d'ajouter les incapacités spéciales qui frappent les *filiifamilias* en matière de *dotis dictio*, et peut-être de commodat.

Je me suis déjà expliqué sur les textes qui les établissent, et je vais maintenant étudier les effets particuliers que produisent les obligations des fils de famille et qui sont, comme nous allons le voir, différents des effets que produisent les obligations des personnes *sui juris*. Mais pour fournir des explications sur cette matière, il est nécessaire de donner

(1) Loi 68, *De c. in.*— Ce texte, l'une des *septem cruces jurisconsultarum*, a donné lieu à de grandes difficultés d'interprétation. Il ne rentre pas dans le cadre de mon étude de les examiner. Je me contente de renvoyer au traité de Machelard, p. 432 et suiv.

d'abord un aperçu très rapide de la situation des enfants de famille au point de vue des droits de propriété.

Situation des enfants de famille au point de vue des droits de propriété.

A l'origine les fils de famille étaient frappés d'une incapacité absolue. Ils ne pouvaient pas être propriétaires, et le principe ne souffrait pas d'exceptions. Comme ils n'avaient pas de patrimoine ils ne pouvaient pas plus avoir de créances, que de biens corporels; cependant, quand ils figuraient dans une stipulation en qualité de stipulants, cette stipulation n'était pas nulle. La créance était acquise au *pater*; ils lui servaient, comme les esclaves, d'instruments d'acquisition (1). Le principe ancien dût être rigoureusement appliqué en fait, comme en droit, tant que dans la Rome primitive, où les fortunes étaient médiocres et les mœurs patriarcales, les membres de la famille vécurent sous le même toit, exploitant les mêmes terres.

Mais bientôt l'habitude dut s'introduire dans les grandes familles d'abord, dans les classes moins élevées ensuite, de donner au fils arrivé à un certain âge un établissement séparé. Le père lui concédait à titre de pécule certains biens dont il lui délè-

(1) (L. II, t. 9, Inst. § 1).

guait l'administration dont, en fait, il le rendait propriétaire.

En droit, c'était toujours le *pater* qui restait le *dominus* des biens composant le pécule — et, par conséquent, si on se place au point de vue strictement légal, le principe ancien n'était pas entamé.

Une première dérogation lui fut apportée au début de l'empire par la reconnaissance légale du pécule castrense. Il y avait dans les armées un grand nombre de fils de famille. Quand, après les guerres civiles, les vainqueurs voulurent récompenser par des libéralités, les services de leurs soldats, ils trouvèrent un obstacle dans les règles du droit civil. Leurs dons allaient, en effet, profiter aux *patresfamilias*, et non pas aux fils qu'ils voulaient récompenser. C'est alors que fut reconnu légalement le pécule castrense. On désignait sous ce nom, les biens que les fils de famille avaient acquis en leur qualité de militaires (1), et, à partir du règne d'Auguste, ils furent quant à ces biens considérés comme véritablement *sui juris* (2).

Ils en étaient, tout au moins leur vie durant, les véritables propriétaires et le *pater* n'avait sur le pécule castrense aucun droit. La personnalité du *filiusfamilias* pouvait ainsi se trouver en quelque sorte dédoublée. Pour tout ce qui n'était pas le pé-

(1) (L. 11 et 19 § 1, *De castr. pec.*, XLIX, 17). — (Paul, III, 4 § 3).

(2) (L. 2, *De sen. mac.*, XIV, 6).

cule, il restait le fils de famille du droit ancien durement enserré dans les liens de la puissance paternelle.

Pour le pécule, son administration, les engagements qui s'y rapportaient, il devenait comme une personne *sui juris*, complètement indépendant vis-à-vis de son père. Il y avait là une situation qui fatalement devait bien souvent entraîner des difficultés. Quand un fils de famille ayant un pécule castrense avait passé un contrat quelconque, il ne devait pas toujours être facile de savoir si ce contrat rentrait dans les actes d'administration du pécule.

C'est une observation, qui a son importance dans cette thèse, parce qu'elle est le point de départ d'une théorie très ingénieuse sur la capacité contractuelle des enfants de famille, que nous aurons l'occasion d'examiner plus tard. Il faut ajouter, pour en terminer avec le pécule castrense, qu'à la mort du fils — et seulement lorsque ce fils n'avait pas fait de testament — le père reprenait sur le castrense tous les droits qu'il aurait eus sur un pécule ordinaire. Les biens qui le composaient revenaient au *paterfamilias jure peculii*, et non pas *jure hereditario*.

Ce n'est qu'à l'époque de Justinien que cette dernière prérogative du père sur le castrense lui fut enlevée, et qu'il fut transmis aux enfants et frères et sœurs du maître du pécule et, à leur défaut, à son père

non plus *jure peculii*, mais bien *jure hereditario*(1).

Du pécule quasi-castrense. — Des motifs du même ordre que ceux qui avaient amené la création du pécule castrense, engendrèrent bientôt une seconde dérogation au principe ancien. Le premier empereur avait eu à récompenser des services de guerre; ses successeurs voulurent récompenser des services de cour, et ils créèrent le pécule quasi-castrense, accordé non plus aux soldats, mais aux employés du palais, et composé des économies que ces fonctionnaires pouvaient faire sur leurs traitements, et surtout des libéralités qui leur étaient accordées par le prince (2).

Peu à peu le domaine du pécule quasi-castrense s'étendit et c'est encore là une des formes de réaction contre le principe ancien. A l'époque de Justinien, tous les fils de famille, quelle que soit leur profession, gardaient à titre de quasi-castrense, les libéralités qui leur avaient été faites soit par l'empereur, soit par l'impératrice (3).

La création du pécule quasi-castrense date de l'an 331, elle est due à l'empereur Constantin.

Je n'ai pas à insister sur les règles de ce nouveau pécule, ce sont celles que nous avons étudiées pour le castrense.

(1) C'est tout au moins ce qui semble, malgré la paraphrase de Théophile, résulter des termes *jure communi*, qu'emploie l'empereur pour désigner les droits du père (Instit. *Quib. non permisso est*, II, 2).

(2) L. un., C. *De cast. om. palat. pec.*, XII, t. 31.

(3) L. 7, C. *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

Des biens adventices. — En même temps que par la création du pécule quasi-castrense, l'empereur Constantin faisait faire à la législation un pas de plus dans la voie de l'émancipation des enfants de famille, il portait une autre atteinte aux principes de l'ancien droit en décidant que le fils serait propriétaire des biens qui pouvaient lui venir de sa mère par hérédité (1). Comme le quasi-castrense, cette institution nouvelle s'étendit peu à peu. A partir d'Honorius et Arcadius, on considéra comme adventices tous les biens que le fils recueillait à un titre gratuit quelconque de sa mère ou de ses ascendants maternels (2). A l'époque de Justinien, on regardait comme biens adventices tous ceux que le fils de famille ne tenait pas de la générosité de son père.

Mais les droits du fils sur ces biens étaient beaucoup moins étendus que ses droits sur le castrense ou sur le quasi-castrense.

Le père avait en effet l'usufruit des biens composant le pécule adventice, qui, à la mort du fils, lui revenaient *jure peculii*, sans même que ce fils puisse en disposer par testament.

Cet exposé très rapide de la situation des enfants de famille au point de vue des droits de propriété, nous montre une application frappante de la loi qui domine l'histoire toute entière de la puissance

(1) L. 1, C. *De bon. mat.*, VI, 60.

(2) L. 2, C. *De bon. mat.*

paternelle. A l'origine, c'est pour le fils de famille, l'incapacité absolue, sa situation ne semble pas meilleure que celle de l'esclave. Puis bientôt les besoins de la politique entraînent un commencement de réaction, et cette réaction va toujours durant toute la période classique en s'accroissant. Ce ne sont plus seulement les besoins pratiques, c'est bientôt l'idée de justice qu'on invoque, et lorsque nous arrivons à Justinien, si le principe ancien subsiste encore, il reçoit tant d'exceptions, que son existence n'est plus guère que théorique.

Mais, pour le moment, ce que je veux retenir seulement ce sont les règles du droit classique qui ont pu influencer sur la capacité contractuelle des *filiifamilias*. Or nous avons vu qu'en principe l'enfant en puissance : 1^o était incapable d'être propriétaire, sauf dans les hypothèses où le droit impérial admettait un pécule; 2^o qu'il était pour son père un instrument d'acquisition.

Il était tout naturel que lorsqu'en contre-partie de cette acquisition il y avait une dette, cette dette fut payée par le *pater*, à condition cependant que l'opération n'ait pas été faite au mépris de son autorité paternelle, ou au détriment de ses intérêts matériels.

C'est de cette idée très simple qu'est née la théorie des actions *adjectivæ qualitatis*, que nous allons étudier, et qui nous montrera l'obligation contractée par le fils produisant certains effets légaux contre le père.

Des actions « adjectitiæ qualitatis ».

Si, pour un instant, nous nous plaçons au seul point de vue de l'équité et de la justice, il nous sera facile de comprendre qu'avec les règles que nous avons exposées sur la dépendance des fils de famille et le sort de leurs acquisitions, il était des cas où le véritable débiteur, quand ils s'étaient obligés, c'était le père.

L'obligation du fils pouvait, en effet, avoir été consentie par ordre du père et alors le fils n'étant plus qu'un instrument intelligent dont s'était servi le *pater*, il était juste de faire supporter à ce père les conséquences d'une obligation dont il était l'auteur véritablement responsable et peu importe sous quelle forme le mandat avait pu être donné, peu importe qu'il ait été exprès ou tacite. Dès que l'obligation du fils n'avait pas d'autre cause que la volonté du père, ce père en bonne justice devait être tenu. Il pouvait se faire aussi que le fils ait agi de lui-même, mais que son contrat ait profité au père. Un *filiusfamilias* a, par exemple, conclu un contrat *d'emptio venditio*. Il s'est rendu acquéreur d'un esclave, cet esclave va, en droit, devenir la propriété du *paterfamilias*. Il est bien juste encore que ce *pater* soit tenu ; non pas du prix tout entier qu'a pu consentir son fils, car ce prix peut être exagéré, mais tout au moins de la valeur réelle de l'esclave.

Ces principes, qui aujourd'hui nous apparaissent si simples, ne se sont cependant fait jour dans l'histoire du droit qu'avec une extrême difficulté. Dans les premiers siècles de Rome ils étaient complètement inconnus. C'est qu'alors le formalisme régnait en maître, et l'on n'admettait pas qu'il put y avoir dans un rapport de droit, autre chose que ce que révèlent d'une façon presque matérielle les formes employées pour l'établir. Or, quand le fils s'était obligé, rien dans la forme n'indiquait que le père fut indirectement partie au contrat. Le droit primitif s'en tenant exclusivement à cette forme, considérait logiquement le père comme étranger à une obligation qu'il n'avait pas solennellement consentie.

Du reste un pareil principe ne pouvait pas encore avoir dans la pratique d'inconvénients graves. Bien certainement il restreignait le domaine des obligations des enfants de famille à tel point — et nous y reviendrons — que ces obligations devaient à l'origine être sans utilité aucune. Mais dans la Rome primitive, où les affaires étaient peu actives, où les citoyens pouvaient facilement se rencontrer pour conclure un contrat, il n'était pas bien nécessaire d'avoir des intermédiaires. Ce n'est que plus tard, lorsque les conquêtes de Rome eurent ouvert le monde entier au commerce de ses citoyens, lorsque les patriciens ayant des fortunes considérables, ne purent seuls les administrer, qu'il devint nécessaire de mettre le droit en rapport avec les nécessités

nouvelles. Le préteur intervint alors, et par une de ces réactions dont il était coutumier, il créa les actions *quod jussu*, *de peculio*, *tributoria* et *de in rem verso*.

Les trois premières sont basées sur l'idée de mandat, la dernière sur l'idée de profit réalisé par le père grâce à l'opération du fils.

Le préteur donne au créancier du fils une action contre le père lorsque c'est sur son ordre que le contrat a été conclu, et la conséquence de cette action est une condamnation *in solidum*.

Par le fait d'un seul contrat, le créancier se trouve donc avoir deux débiteurs : le fils *jure civili*, et le père *jure prætorio* (1).

Mais il peut se faire que tout en n'ayant pas d'une façon particulière donné à son fils le *jussum* de contracter, le père lui ait concédé la libre administration d'un pécule. Cette concession implique de la part du *pater* l'autorisation donnée au fils de s'obliger pour la gestion de ce pécule et de le donner en tout ou en partie comme gage à ses créanciers.

Le préteur ne fait donc qu'une application particulière du principe qui avait déterminé l'admission de l'action *quod jussu*, en permettant au créancier du fils de poursuivre le père jusqu'à concurrence de la valeur de ce pécule. Cette limitation dans le droit

(1) L. 1 pr., D. 15, 4, *Quod jussu*.

de poursuite donne un grand intérêt à la détermination exacte des valeurs composant le pécule : il est censé comprendre non seulement les biens corporels, mais encore les créances du fils contre les tiers et même ses créances naturelles contre son père (1). Il comprend aussi les valeurs que par dol le père aurait pu enlever au pécule, mais, par contre, il faut en retrancher les dettes naturelles que le fils pourrait avoir contractées envers son *paterfamilias*.

En général le droit de poursuite des créanciers se restreint au montant du pécule ainsi déterminé ; mais nous verrons, en parlant de l'action *de in rem verso*, que le père peut, dans certains cas, être condamné pour une somme plus forte que la valeur de ce pécule (2).

L'action *de peculio* peut prendre une forme particulière lorsque le fils a employé, avec l'autorisation paternelle, son pécule à un commerce quelconque. Le père peut alors être poursuivi jusqu'à concurrence de la valeur du fonds et des bénéfices (3).

Evidemment cette valeur sera moins grande que celle du pécule, lorsque l'enfant de famille n'aura employé à ses affaires commerciales qu'une partie de ce pécule, mais la différence pourra être com-

(1) L. 7 § 4, *De pec.*

(2) L. 21 pr. *De pec.*

(3) L. 5 § 3 ; L. 11 à 14, *De trib. act.*

pensée par ce fait que le père ne peut pas prélever les sommes que lui doit son fils contre les créanciers exerçant l'action *tributoria*, alors qu'il les prélèverait s'ils exerçaient l'action *de peculio*.

Dans l'action *tributoria*, le père est sur la même ligne que les autres créanciers.

Action « *de in rem verso* ». — La base de l'action *de in rem verso patris dominive*) est toute différente de celle des actions que je viens d'étudier ; cette action est donnée contre le père en dehors de toute idée de mandat.

Il suffit, pour qu'elle soit possible, que l'opération du fils ait fait réaliser certains bénéfices au père. — Le prêteur décide alors qu'il pourra être poursuivi jusqu'à concurrence de ces bénéfices. Cette donnée nous montre qu'un même créancier peut avoir à la fois l'action *de in rem verso* et l'action *de peculio*.

Il en sera ainsi lorsqu'il y aura eu à la fois concession d'un pécule par le père, et bénéfice réalisé par lui, en dehors de ce pécule considéré comme sorti de son patrimoine. Dans cette hypothèse le créancier peut, grâce à l'action *de peculio*, obtenir le montant du pécule et, grâce à l'action *de in rem verso*, une condamnation égale au bénéfice réalisé par le père. — Il aurait pu, dans certains cas, lui être difficile de savoir laquelle des deux actions lui était préférable, mais un artifice de procédure lui permettait de ne pas faire le choix. Un *intentio* ha-

bilement rédigée conduisait à une condamnation alternative ayant pour montant, soit la condamnation de l'action *de peculio*, soit celle de l'action *de in rem verso*, selon que l'une ou l'autre était la plus forte (1).

Pour terminer ces explications sur les actions *ad-jectitiæ qualitatis* données contre le père, il me resterait à étudier leur mécanisme au point de vue de la procédure ; mais c'est un examen qui serait mieux placé dans un travail sur le système formulaire que dans un chapitre sur la capacité, où je cherche seulement les bases d'une démonstration historique. Je me contenterai donc de renvoyer sur ce point aux ouvrages généraux, et je passerai immédiatement à l'étude de la situation des créanciers de fils de famille qui ne sont pas dans les conditions voulues pour intenter une des actions, dont je viens de parler.

Situation à l'époque classique des créanciers des fils de famille en dehors des actions contre le père.

Nous avons vu que l'obligation du fils de famille était à l'époque classique théoriquement valable. Nous avons étudié les exceptions à ce principe général, et fait remarquer que l'obligation du fils pou-

(1) Inst. L. IV, tit. VI, *De act.*, § 1.

vait dans certains cas se réfléchir contre le père. — Il nous reste, pour en finir avec l'époque classique, à rechercher quelle était la situation du créancier voulant faire valoir contre le fils de famille le droit, que la loi lui reconnaissait théoriquement.

Au moment où le créancier voulait obtenir son paiement, ou bien son débiteur *alieni juris* au moment du contrat était encore en puissance, ou bien il était devenu *sui juris*.

Examinons successivement ces deux hypothèses.

1° Le débiteur est encore en puissance. Le créancier se trouve alors avoir pour débiteur un homme, qui légalement ne peut pas avoir de patrimoine ; et dès lors il ne peut pas être question de voies d'exécution sur les biens ; mais cette notion très simple rend très précaire la situation du créancier car les voies d'exécution sur les biens sont celles qui lui sont véritablement utiles. — Quant aux voies d'exécution sur la personne dès l'instant où la vente du débiteur n'est plus permise, elles ne rapportent plus rien au créancier. Elles lui servent seulement, comme moyen indirect pour amener le débiteur à payer. Elles sont donc sans grande utilité contre un débiteur qui n'a pas de biens, et qui, par conséquent, malgré toute sa bonne volonté, est dans l'impossibilité de désintéresser son créancier. Nous allons voir qu'il n'est même pas certain que les voies d'exécution contre la personne aient été permises contre les *filii familias*.

Il est bien entendu que ce que nous venons de dire ne s'appliquerait pas au cas où le fils de famille aurait un pécule castrense ou quasi-castrense, puisqu'en ce qui concerne ces péculs, les *filiifamilias* sont véritablement considérés comme étant *sui juris*. Mais on ne peut pas en dire autant des biens adventices; comme nous l'avons vu, le fils est bien propriétaire de ces biens, mais son père en a la jouissance, et ce droit de jouissance se trouverait atteint par une *missio in possessionem* au profit des créanciers du fils. A côté des voies d'exécution sur les biens, le droit romain classique accorde au créancier des moyens de contrainte contre la personne du débiteur. — Sans doute, le créancier ne pouvait plus vendre ou tuer son débiteur; mais il avait encore le droit de le retenir *in carcere privato*, tant qu'il n'avait pas complètement acquitté sa dette. Il est vrai qu'à l'époque de César, ou d'Auguste, une loi Julia, qui ne fut édictée d'abord que pour l'Italie, mais fut bientôt étendue aux provinces, accorda aux débiteurs insolvables le bénéfice de la cession des biens. Ils pouvaient grâce à ce bénéfice éviter l'emprisonnement en faisant abandon de leur fortune à leurs créanciers. Mais on n'est pas bien d'accord sur les conditions qu'on exigeait du débiteur pour lui permettre la *bonorum cessio*. En tous cas l'emprisonnement pour dettes subsistait pour ceux qui n'en pouvaient pas profiter.

On s'est demandé, si ces règles du droit commun

étaient encore applicables, quand le débiteur était un fils de famille, et c'est un point très débattu que celui de savoir si le créancier d'un fils de famille pouvait le retenir *in carcere privato*.

La raison de douter, c'est qu'en permettant au créancier de retenir les fils de famille en prison, on limite la puissance du père sur ses enfants. Le fils débiteur se trouve par le fait même de son emprisonnement soustrait à l'autorité paternelle, sans que le père se soit en aucune façon engagé, sans que dans aucun de ses actes on puisse trouver la cause d'une limitation à ses droits légaux. Un pareil résultat est, dit-on, contraire à l'esprit général du droit romain sur la puissance paternelle, et on invoque un texte de Paul relatif au sénatus-consulte Claudien. Quand une femme libre avait eu des relations avec un esclave qui ne lui appartenait pas, et quand elle les avait continuées malgré la défense du maître, elle perdait la liberté en vertu de ce sénatus-consulte Claudien; elle devenait l'esclave du maître de son amant. Le texte de Paul, qu'on invoque dans notre débat, dit que le sénatus-consulte ne peut pas être appliqué aux *filiaefamilias* « quia facto filiorum pejor conditio » parentum fieri non potest (1). » C'est une raison, a-t-on dit, qu'on peut aussi bien faire valoir contre l'emprisonnement pour dettes du fils de famille, que contre l'application du sénatus-consulte Claudien à

(1) Sent. L. II, t. XXI, § 9.

la *filiafamilias*. A quoi du reste pourrait servir l'emprisonnement de l'enfant en puissance ? Il n'a pas de biens. On ne peut donc pas espérer l'amener à payer par la contrainte personnelle, et dès lors cette contrainte n'est qu'une cruauté inutile et en outre onéreuse pour le créancier. — Malgré ces raisons, je suis porté à croire que cette première hypothèse n'est pas exacte. Je pense qu'au contraire à l'époque classique, l'emprisonnement du *filiusfamilias* était possible en principe. Nous avons vu, en effet, que les textes qui établissent le principe de la capacité des enfants de famille, nous disent que leurs obligations sont valables comme celles des pères de famille. Il est permis de supposer que si ces obligations ne donnaient aucun droit au créancier, pendant toute la durée de la puissance paternelle, on trouverait dans les textes tout au moins une trace de cette restriction importante. En outre, je crois qu'on ne peut pas assimiler l'effet du sénatus-consulte Claudien à l'emprisonnement pour dettes. Ce sénatus-consulte faisait d'une femme libre une femme esclave. Si cette femme avait été *filiafamilias* son père aurait perdu tous ses droits sur elle. Le Claudien aurait même pu fournir aux filles de famille un moyen frauduleux et immoral de se soustraire à la puissance paternelle. Elles n'auraient eu pour cela qu'à devenir esclaves de maîtres disposés à les affranchir immédiatement. Les effets de l'emprisonnement pour dettes sont beaucoup moins considérables.

L'état du débiteur *in carcere* n'est pas modifié. Il n'y a qu'une atteinte provisoire à sa liberté personnelle. Le père a toujours un moyen de faire cesser son emprisonnement, c'est de payer pour lui; en tous cas il conserve ses droits de père, qu'il pourra remettre en exercice quand la détention aura cessé.

On peut dès lors concevoir que la décision de Paul relative au sénatus-consulte Claudien, n'implique pas nécessairement l'impossibilité d'emprisonner pour dettes les enfants de famille. Il faut bien reconnaître que cette impossibilité conduirait à des résultats étranges. Si, en effet, les droits du père s'opposent à l'emprisonnement du fils; cela est vrai pour les fils ayant un pécule castrense ou quasi-castrense, comme pour ceux qui n'en ont pas. Car les droits de la puissance paternelle sont les mêmes sur la personne des uns et des autres. Et alors le fils de famille ayant un pécule castrense pourra avoir, quant à ce pécule, tous les avantages d'un *filiusfamilias*. Il pourra s'obliger, traiter comme s'il était *sui juris*; mais quand on en viendra aux voies d'exécution, le créancier se verra opposer les droits de la puissance paternelle en faveur d'un fils, qui pendant toutes les précédentes opérations était considéré comme indépendant.

Le Code nous fournit un texte qui apporte à notre opinion un argument d'une grande force. C'est la loi 7 (*Qui bo. ce. po.*, VII, 71). Cette loi décide que le bénéfice de la cession de biens pourra être accordé

aux fils de famille. Ce qui nous prouve que jusqu'alors il y avait tout au moins doute sur ce point; mais ce qui établit aussi que les fils de famille pouvaient être emprisonnés pour dettes, sans quoi le bénéfice que leur accorde Justinien leur serait bien inutile.

Nous admettrons donc que le créancier pouvait retenir *in carcere*, le fils de famille qui était son débiteur; — mais il faut ajouter que, sauf dans les cas où le débiteur avait un pécule, cet emprisonnement ne devait pas être bien fréquent, car il entraînait pour le créancier des frais, dans lesquels il était exposé à ne pas rentrer. — Ce pouvait cependant être dans certains cas un moyen d'amener à payer les pères désireux de faire cesser la détention de leurs fils.

En résumé, nous voyons que le créancier, qui ne pouvait pas agir contre le père par une action *adjectitiæ qualitatis*, était, tant que durait la puissance paternelle, dans une situation bien précaire, puisque tous ses moyens de coercition devaient échouer par cette seule raison que son débiteur n'avait pas de biens et était incapable d'en acquérir.

Mais quand, pour une cause quelconque, la puissance paternelle venait à s'éteindre, les droits du créancier reprenaient leur efficacité; et ce créancier se trouvant en présence d'un débiteur *sui juris* avait contre lui les voies de droit ordinaires.

Il faut cependant noter à cette règle une déroga-

tion importante, qui avait été introduite dans le droit romain par mesure prétorienne.

Lorsque, pour une raison quelconque, le fils n'héritait pas du père, sous la puissance duquel il se trouvait au moment de son contrat, il pouvait invoquer une exception spéciale : L'exception *id quod facere potest*.

Je viens de dire que le bénéfice pouvait être invoqué par le fils toutes les fois qu'il n'héritait pas de son père, et il est facile d'arriver par l'examen des textes à cette proposition générale. En effet la loi (2 pr. *Quod cum eo qui alien. potest*, D. XIV, 5) accorde l'exception à l'enfant qui a été émancipé, exhérédé, ou qui a renoncé à l'héritage paternel, et le § 1 du même texte déclare qu'il est très juste d'accorder la même faveur, *causâ cognitâ*, au fils qui aura été donné en adoption, et dont ensuite le père naturel sera mort, à celui qui aura reçu une institution dérisoire et enfin à celui qui sera devenu *sui juris* autrement que par l'émancipation, ou la mort de son père (il s'agit sans doute du cas où le père aurait subi une *capitis deminutio maxima* entraînant confiscation au profit du fisc).

D'autre part la loi 5 au même titre nous apprend que l'exception sera refusée au fils qui, quoique exhérédé, aura recueilli l'héritage paternel, grâce à un fidéicommiss d'hérédité.

Nous voyons que la règle est bien celle que j'indiquais. — C'est le fils, qui ne recueille pas l'héritage

paternel, et celui-là seulement, qui est en droit d'invoquer l'exception *id quod facere potest*.

On dit en général pour justifier cette règle, qu'au moment où le fils encore en puissance a traité, il était en droit de compter sur la succession de son père. — Il s'est engagé, pensant que cette succession lui permettrait de se libérer. Puis, par une raison quelconque, il se trouve déshérité.

Il est, dès lors, excusable de ne pouvoir acquitter sa dette, et il serait rigoureux de donner à son créancier les voies de droit ordinaires contre lui.

En somme, ces explications nous montrent que le créancier, qui avait le fils de famille comme débiteur, courait des risques fort grands, puisqu'il n'avait pas de gages tant que durait la puissance paternelle, et lorsqu'elle s'éteignait, ce pouvait être par un mode tel que le fils n'acquerrait aucun bien, et par conséquent se trouvait en fait dispensé de payer.

Nous voyons donc que, même à l'époque classique, les obligations des fils de famille ne devaient pas être bien nombreuses, et leur crédit devait être fort limité.—Il est vrai que durant toute cette période classique l'incapacité des fils de famille d'être propriétaires allait en s'adoucissant; sous la République, elle était sans exceptions; sous Justinien, elle était étouffée sous les exceptions. — En même temps qu'augmentait leur capacité de posséder, le rôle des fils de famille devenait plus considérable dans la vie civile, et leur crédit devait s'augmenter également.

Il me reste à établir que ce mouvement n'était que la continuation d'un progrès depuis longtemps commencé et que c'est bien depuis les origines du droit romain, non seulement en matière de droits réels, mais aussi en ce qui touche la capacité contractuelle, les fils de famille, sans grandes secousses, mais aussi sans interruption, marchaient vers l'émancipation.

CHAPITRE II.

J'ai dit au début de ma thèse que je chercherais dans un second chapitre à établir que le principe de la capacité n'avait pas existé dès l'origine du droit romain.

Je vais donc essayer de mettre en lumière les preuves de l'incapacité primitive.

Ces preuves sont de nature différente.

Les unes sont tirées de considérations d'ordre très général — et l'incapacité primitive peut apparaître comme une nécessité de symétrie historique.

Les autres résultent, au contraire, d'institutions particulières, qui nous sont révélées par des textes de l'époque classique, et qu'il est à peu près impossible d'expliquer, si on part de ce principe que les fils de famille ont toujours eu la capacité contractuelle.

Enfin, la littérature, à défaut d'écrits juridiques, nous fournit quelques textes très anciens, qui témoignent encore de l'incapacité primitive.

Je diviserai donc ce chapitre en trois paragraphes.

1° Considérations générales, qui rendent vraisemblable l'incapacité primitive.

2° Institutions de l'époque classique, qui ne peuvent s'expliquer que par cette théorie historique.

3° Textes anciens de la littérature, faisant allusion à l'incapacité.

§ 1^{er}.

Comme j'ai eu déjà l'occasion de l'indiquer, l'histoire de la puissance paternelle à Rome n'est guère que l'histoire de l'affranchissement progressif des enfants de famille.

A l'origine les pouvoirs du père étaient absolus sur la personne, comme sur les biens.

Le *paterfamilias* avait le droit de vie et de mort, et son pouvoir despotique s'étendait à tous les actes de l'existence de ses enfants. — Sans son consentement, non seulement le fils ne pouvait pas se marier, mais le père pouvait, même après avoir permis son mariage, le forcer à quitter sa femme.

En un mot, le pouvoir paternel n'avait pas de limitation légale. Le *paterfamilias* était aussi bien le maître absolu du patrimoine de la famille, que le maître absolu des personnes. Les personnes *alieni juris* étaient rigoureusement incapables d'être propriétaires, et le principe n'avait pas d'exceptions. Il est vrai qu'on a dit souvent que les enfants de famille avaient un droit de copropriété, que les biens étaient communs, appartenaient aux fils comme aux pères. Il ne m'appartient pas d'examiner dans cette étude la théorie de la copropriété familiale, et je

ferai seulement une remarque. C'est qu'en admettant que les enfants aient eu sur les biens de la famille un droit de propriété collective, c'est là un principe qui ne pouvait guère avoir de conséquences pratiques, qu'au point de vue successoral après la mort du père; car tant que le *paterfamilias* était vivant et armé de ses pouvoirs sans limites sur la personne de ses enfants, on ne voit pas bien comment ceux-ci auraient pu invoquer leurs droits de copropriété. Ces droits, s'ils avaient été efficaces, les auraient mis en rapports légaux, quelquefois en opposition d'intérêts ou en conflit avec leurs pères — et une pareille situation est inconcevable entre personnes dont l'une est entièrement soumise à l'autre.

Peu à peu, à mesure que la science du droit faisait des progrès plus grands, à mesure que les principes d'humanité tenaient plus de place dans la vie sociale, les pouvoirs du père allèrent en diminuant.

Nous savons comment ce *paterfamilias*, qui à l'origine était pour le fils un maître absolu, était devenu à l'époque de Justinien un chef de famille, n'ayant guère plus de droits que n'en ont, de nos jours, les pères sur leurs enfants.

Au point de vue des biens, la même réaction s'était opérée, et j'ai déjà montré comment, par l'introduction et le développement des pécules, l'incapacité primitive d'être propriétaire à l'origine sans exceptions pour les personnes *alieni juris*, était devenue

elle-même presque une exception à l'époque de Justinien.

Dès lors, si l'on admet, que dès l'origine du droit romain, les enfants de famille étaient capables de s'obliger, nous ne trouverons plus, en matière de capacité, le progrès continu que nous venons de constater pour les droits relatifs à la personne et aux biens.

Il est facile de voir qu'il y aurait là une véritable anomalie. Je ne veux pas tirer de cette observation des conséquences exagérées, mais je crois pouvoir dire cependant, avant de développer des arguments plus précis, que la théorie de l'incapacité primitive est en harmonie avec l'histoire générale de la puissance paternelle et le progrès continu, qui en est l'élément essentiel.

De la situation des personnes *alieni juris* dans la société primitive romaine, je peux tirer encore une raison en faveur de ma thèse, plus précise déjà que celle que je viens de développer.

Nous savons, en effet d'une façon certaine, que les esclaves étaient dans le vieux droit romain complètement incapables de s'obliger. Il est vrai qu'à partir d'une certaine époque, leurs obligations ont eu une sorte d'existence en tant qu'obligations naturelles. Mais les termes : obligation naturelle, et réaction contre le droit ancien, sont inséparables.

Or je crois que sous la royauté, et dans les premiers temps de la République, la situation des fils

de famille était fort comparable à celle des esclaves. Je crois que les différences notables, qui empêchent dans le plein développement du droit romain, toute confusion entre la situation des uns et des autres, n'existaient pas à l'origine.

Si cette proposition est exacte, si, en général, la situation juridique de l'esclave et celle du fils de famille étaient à peu près semblables ; il est fort presumable qu'il n'y avait pas de différence entre eux au point de vue de la capacité contractuelle ; et puisque les esclaves étaient absolument incapables, toutes les autres personnes *alieni juris* devaient l'être également.

Je ne prétends pas qu'il y ait eu une époque où, en fait, la situation des esclaves et celle des enfants de famille était exactement la même. Il est bien certain que le *paterfamilias* dut toujours faire une différence entre ses enfants et des prisonniers de guerre réduits en esclavage. La religion, à défaut de l'affection, aurait donné au fils une situation supérieure dans la *familia*. Il participait à ces cérémonies du culte domestique, qui semblent avoir tenu une si grande place dans la famille primitive. Il était destiné à devenir à son tour *paterfamilias*, à jouer dans la cité un rôle peut-être important. Bien certainement il était de beaucoup au-dessus de l'esclave, dont il pouvait d'un jour à l'autre devenir le maître et qui vivait, sans espoir d'un avenir meilleur, étranger à la famille, à la cité et à la

religion, ces trois éléments principaux de la société antique.

Mais cependant des exemples célèbres nous montrent que la discipline de la famille pesait lourdement sur le fils, que le *pater* était pour lui un juge quelquefois terriblement sévère, et que le *filius* était loin de la demie indépendance qu'il devait acquérir plus tard.

Une des causes principales de sa sujétion devait être sa cohabitation avec son père. Tous les membres de la *familia* vivaient sous le même toit, et le *pater* gardait forcément sur ses enfants une autorité plus jalouse qu'à l'époque où l'habitude s'introduisit de donner aux fils, au moment de leur mariage sans doute, un établissement séparé.

Ces conditions de la vie primitive, qui avaient pour effet de maintenir rigoureusement les liens de la puissance paternelle, étaient au contraire relativement favorables aux esclaves. Le travail partagé, la vie en commun, devaient forcément établir entre maîtres et esclaves une certaine intimité. Les esclaves étaient moins nombreux qu'ils ne l'ont été plus tard.

Ils étaient des prisonniers de guerre appartenant à des cités voisines de Rome, à des cités qui avaient des Romains pour esclaves, et très probablement l'esclavage ne donnait pas encore cette espèce de tare morale, tellement indélébile, que l'affranchissement et même la liberté pendant deux généra-

tions ne pouvaient la faire complètement disparaître.

Mais les mêmes causes, qui augmentèrent l'indépendance des enfants de famille, empirèrent la situation des esclaves. — A mesure que Rome étendait ses conquêtes, le nombre de ses esclaves augmentait avec celui de ses victoires — et aussi le mépris des citoyens pour les vaincus devenait plus grand, depuis qu'ils ne connaissaient plus la défaite. Les esclaves appartenaient non plus à des cités voisines, mais à des pays que les Romains considéraient comme barbares. Entre leurs maîtres et eux, il n'y avait plus aucune affinité de race. Enfin les conditions matérielles de la vie étaient complètement changées, et les maîtres vivaient beaucoup plus loin de leurs esclaves, beaucoup moins portés, par conséquent, à avoir de l'indulgence pour eux.

On peut donc, sans prétendre assimiler complètement la situation de fait des enfants de famille et celle des esclaves dans les premiers temps de Rome, remarquer que la distance entre elles était beaucoup moins grande qu'elle ne devait l'être plus tard; et il ne faudrait pas prendre pour base de comparaison aux époques primitives, ce que nous savons des temps de l'empire.

Passons maintenant à la situation des esclaves et des fils de famille au point de vue du droit. La distinction fondamentale qui, à l'époque classique, creuse un abîme entre le fils et l'esclave, c'est que

le fils est une personne et l'esclave une *res*. Au fils, par conséquent, tous les droits, qui sont ceux de la personne, qui apparaissent dans les idées romaines comme nécessaires au développement de l'individu. Pour l'esclave, au contraire, une absence totale de droits, une impossibilité de principe d'en acquérir. Ce caractère de *res* attribué à l'esclave dut être un des principaux obstacles à l'adoucissement de son sort.

Toutes les fois qu'on était tenté de lui reconnaître un droit, il fallait pour cela aller contre un principe, manquer quelque peu de logique, et c'était là une chose à laquelle les Romains ne savaient pas se résoudre facilement.

Mais cette distinction entre les personnes et les choses, toute simple qu'elle est, est déjà une distinction scientifique. Elle est le résultat d'un certain esprit d'analyse, et on peut affirmer qu'à l'origine elle était inconnue.

Au premier abord, il semble qu'une pareille proposition doive rester sans preuves, parce qu'il faudrait aller les chercher trop loin dans l'histoire. On peut cependant trouver dans ce qui nous est connu du droit romain des traces d'une confusion primitive.

C'est ainsi par exemple qu'à époque classique les modes d'acquisition d'un droit de propriété ou d'un droit de puissance sur la personne sont encore les mêmes. Pour l'adoption, c'est-à-dire l'acquisition de

la puissance paternelle, l'adoptant a recours à des moyens assimilables dans la forme à ceux qu'on employait pour un achat quelconque. Les formalités de l'adoption peuvent, en effet, se diviser en deux parties : les mancipations successives du père naturel, et après ces mancipations la revendication de l'adoptant. Or la mancipation n'est que le mode ordinaire, le mode véritablement romain d'acquérir la propriété, et les formes de la revendication de l'adoptant sont exactement celles de la revendication d'une chose corporelle.

Nous retrouvons la même assimilation possible dans un mode d'acquisition de la *manus* : la *coemptio*. Ici encore c'est grâce à une mancipation que le mari acquiert sur sa femme la puissance maritale. Bien certainement ces règles formalistes remontent au très ancien droit. Elle sont donc bien le témoignage d'une confusion primitive, d'une conception unique à l'origine de l'idée de puissance.

La langue juridique vient du reste nous fournir un autre argument en faveur de cette opinion. Nous trouvons le même mot, le même radical tout au moins s'appliquant à l'idée de domaine et à l'idée de puissance sur la personne (*manus, mancipatus, emancipare, res Mancipi*).

Il y a là encore la trace de l'idée unique à l'origine que les Romains se faisaient de la puissance sur tout ce qui composait la *familia*; et dans le mot qu'ils choisissent pour exprimer cette idée, on trouve très

nette la pensée brutale de la main du maître s'abat-
tant sur tout ce qui lui appartient — personnes et
choses.

Ces considérations ont semblé assez décisives à
M. Ihering, pour lui permettre d'écrire : « La puis-
sance paternelle fut pendant des siècles la même que
la puissance dominicale. » Ce qui ne veut pas dire
— remarquons-le bien — que la situation juridique
du fils de famille était en tous points la même que
celle de l'esclave. — Nous avons déjà eu à le dire,
au point de vue religieux et politique, il y avait entre
le citoyen et l'esclave une profonde différence. Mais
il est facile de comprendre qu'une puissance identi-
que ait pu peser sur des hommes qui, en dehors de
cette puissance, n'étaient pas moins de condition
différente (1).

Mais les incapacités qui les frappent les uns et
les autres, au point de vue du droit privé tout au
moins ont leur source dans leur état de dépendance
vis-à-vis du maître ou du père. C'est la puissance à
laquelle ils sont soumis, qui les rend incapables de
posséder, c'est cette puissance qui rend les esclaves
incapables de contracter, et si, comme nous l'avons
dit, elle est la même pour toutes les personnes
alieni juris, cette incapacité de contracter qui en est
la conséquence, doit s'étendre à toutes.

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, L. II, 1^{re} part., tit. II, ch. III,
§ 36.

*Incapacité de s'obliger résultant de l'incapacité
de posséder.*

Nous allons examiner maintenant la situation des enfants de famille dans le très ancien droit, non plus à un point de vue tout à fait général, mais nous allons envisager plus particulièrement leur incapacité d'être propriétaires.

Nous avons vu qu'à l'origine, l'incapacité de posséder était pour le *filiusfamilias* absolue. C'est, avons-nous dit, à l'époque d'Auguste qu'une première dérogation légale au principe fut admise. Il est vrai qu'à cette époque le *peculium* existait déjà comme institution de fait. Mais il avait dû s'écouler plusieurs siècles avant que les pères aient pris l'habitude de concéder à leurs fils ce pécule, dont encore ils restaient juridiquement propriétaires.

Dans ces conditions, il est évident d'abord que les obligations des fils de famille devaient être très rares, ou plutôt auraient été très rares, si elles avaient été possibles. Car quand on s'oblige, c'est le plus souvent pour la gestion d'un patrimoine, et on ne voit pas bien comment les enfants de famille auraient pu vouloir contracter; mais j'admets qu'il n'y a pas là une impossibilité absolue. J'admets que les enfants de famille pouvaient être tentés de s'obliger, ne fut-ce qu'en empruntant pour leurs plaisirs. Encore faut-il pour cela trouver du crédit. Et

pour trouver du crédit, il faut offrir à ses créanciers des garanties sérieuses. Or nous avons vu que même à l'époque classique, la situation du créancier d'un *filiusfamilias* était encore très précaire, quand il n'avait pas de recours contre le père, ou que le fils n'avait pas de pécule.

Le créancier n'avait, en effet, alors qu'une sûreté, qui ne lui est même pas reconnue par tous les interprètes. Il avait le droit de faire emprisonner le fils, et d'amener quelquefois le père à payer par ce moyen indirect.

Mais sous la République, rien de tout cela n'existait. Le prêteur n'avait pas encore créé les actions *adjectitiæ qualitatis*, et le créancier du fils n'avait aucun recours contre le père.

Les pécules castrense et quasi-castrense n'existaient pas encore.

Enfin, et c'est le point capital, l'obligation du fils de famille n'était susceptible d'aucune exécution. Nous savons, en effet, qu'à l'époque ancienne les voies d'exécution sur les biens n'existaient pas. Tout au moins, on peut dire que la voie d'exécution ordinaire, c'était la *manus injectio*, c'est-à-dire une mesure contre la personne, ne faisant tomber les biens que d'une manière indirecte entre les mains du créancier.

Mais la saisie directe, la *missio in possessionem* suivie de *bonorum venditio* était alors complètement inconnue.

Nous avons dit, en parlant de l'époque classique que les voies d'exécution contre la personne des fils de famille était alors possibles, parce qu'elles ne portaient pas atteinte à la puissance paternelle. Le fils *addictus* restait *filiusfamilias* ; il gardait son statut d'homme libre. Quand son emprisonnement avait cessé, son père reprenait l'exercice de ses droits sur lui.

Mais l'ancienne *manus injectio* conduisait à des résultats bien autrement rigoureux : après un certain délai, le débiteur, si sa dette n'était pas acquittée, était vendu *trans Tiberim*, ou mis à mort.

Voilà dans un cas comme dans l'autre une atteinte indiscutable cette fois à la puissance paternelle, et c'est bien ici l'occasion d'invoquer le texte de Paul sur le sénatus-consulte Claudien, dont j'ai parlé. Si les Romains n'admettaient pas que la *filiusfamilias* put encourir l'esclavage par une faute grave (celle que prévoit le sénatus-consulte Claudien), ils ne devaient pas admettre davantage que par un simple contrat les enfants de famille s'exposeraient à être vendus.

Dès lors l'obligation du *filiusfamilias* ne donnait au créancier aucun droit pratique, puisqu'il n'y avait pas d'exécution sur les biens (et d'ailleurs les enfants de famille n'en avaient pas), et puisque d'autre part les voies d'exécution sur la personne auraient été contraires aux règles de la puissance paternelle.

Ce résultat ne doit du reste pas nous étonner, car il est complètement en harmonie avec les principes anciens de formalisme. Nous savons que l'obligation naissait à la charge du débiteur rigoureusement limitée par les termes employés dans le contrat et la *legis actio*, par laquelle le créancier mettait son droit en mouvement, était de forme aussi strictement solennelle que le contrat générateur de ce droit. Or qu'aurait pu dire dans sa stipulation un fils de famille? *Spondeo dare*, puis plus tard quand les obligations de faire furent admises, *spondeo facere*. Or quelle peut être la portée d'une obligation de donner quand le débiteur est incapable de posséder? d'une obligation de faire, quand il n'est même pas maître de sa personne, et est soumis à la volonté d'un maître absolu?

La *legis actio* était dans la forme également impossible, comment le magistrat aurait-il décidé qu'un fils de famille aurait à donner *milia sestercium* quand il ne pouvait pas être propriétaire d'un seul denier?

Cette façon de raisonner peut, avec nos idées modernes, sembler quelque peu étroite. Je la crois rigoureusement conforme aux idées primitives romaines, à leur culte pour le formalisme, qui annulait tout ce qui était en dehors des formes.

Il ne faut du reste pas tirer de ces considérations des conclusions exagérées. Je crois qu'elles établissent l'inefficacité absolue de l'obligation du fils pour

toute la durée de la puissance paternelle ; mais elles ne font pas que cette obligation ne puisse pas produire d'effets après la dissolution de la puissance, parce qu'alors les impossibilités d'exécution et de forme n'existent plus.

L'ancien fils de famille devenu *sui juris* pourrait fort bien être condamné à *dare* puisque la mort de son père l'a rendu capable d'avoir un patrimoine.

On pourrait donc être tenté de dire : Nous admettons bien que l'obligation du fils de famille ne produisait pas d'effets tant qu'il était *alieni juris*, mais elle n'en était pas moins théoriquement valable et elle pouvait devenir complètement efficace pour le créancier lors de la dissolution de la puissance paternelle.

Nous serions donc en présence d'un droit, qui au moment de sa naissance n'aurait pas de sanction possible ; mais qui pourrait devenir pratique postérieurement à sa formation.

C'est une idée qui, avec nos principes modernes, paraît toute simple, et qui cependant est absolument contraire à la première conception que les Romains ont dû se faire d'un droit. Pour eux, l'idée de droit était indissolublement liée à l'idée d'action. Ce n'est que par le développement de l'esprit d'analyse qu'ils sont arrivés à faire une différence, qui nous paraît aujourd'hui si simple, entre le droit et sa mise en exercice.

Etablir, comme j'ai cherché à le faire, que durant

la puissance paternelle, le fils ne pouvait pas être poursuivi d'une façon efficace par ses créanciers contractuels, c'est donc établir par voie indirecte la nullité complète de ses obligations *ex contractu*.

Telles sont les raisons que l'on peut invoquer en faveur de la thèse que je défends, si on se place à l'époque du très ancien droit, si on cherche par l'examen de la situation générale des enfants de famille ce que pouvait être leur capacité contractuelle. Dans cette première partie, j'en ai, faute de textes, été plus d'une fois réduit à des hypothèses; mais elles prendront la valeur de véritables preuves, quand nous les montrerons confirmées par des institutions postérieures, qui nous sont parfaitement connues.

§ 2.

Nous avons déjà vu en étudiant la situation des personnes *alieni juris* libres, à l'époque classique, des exceptions au principe général de la capacité, qui ne sont guère explicables si on n'admet pas notre théorie d'incapacité primitive. C'est ainsi que la loi 2 au titre *De pollicitationibus* est bien manifestement un vestige du passé. A l'origine les fils de famille ne pouvaient contracter d'obligations. Leurs vœux tout logiquement n'étaient pas valables, puis quand l'incapacité disparut pour eux dans le droit civil, elle subsista dans le droit religieux. Cela n'a rien d'étonnant, si on songe que les règles du culte

sont plus immuables que les lois purement civiles. D'autre part le père avait dans la société romaine des prérogatives spéciales au point de vue religieux. Il était l'interprète de la famille toute entière auprès des dieux. On comprend donc qu'en ces matières son pouvoir n'ait pas été diminué par la réaction générale contre les excès de la *patria potestas*. J'ai dit également, en parlant des impubères, qu'il y avait pour eux une restriction difficilement explicable au principe de la capacité. On a voulu la justifier en s'appuyant surtout sur le défaut d'intérêt des impubères *alieni juris* à contracter. Mais j'ai fait remarquer que cela ne suffisait pas à expliquer une incapacité de droit. Peut-être cette incapacité est-elle encore une trace des règles anciennes.

J'en dirai tout autant de la nullité de l'obligation civile entre père et fils — à l'époque où le droit romain proclamait encore cette nullité, il était loin déjà de la confusion primitive, dont j'ai parlé, entre le droit et l'action — puisqu'il admettait l'existence des obligations naturelles, c'est-à-dire sans action.

Dès lors pourquoi déclarer nulle l'obligation entre le père et le fils ? Ici encore n'y a-t-il pas une influence historique à noter ?

Je passe rapidement sur tous ces points, parce que je m'en suis déjà occupé dans le premier chapitre — et j'arrive aux institutions dont je n'ai pas parlé encore.

A. — L'une des plus importantes dont j'aurai à

parler est le *mancipium*. Je n'ai pas à rechercher comment cette puissance prenait naissance, ou comment le *mancipatus* pouvait se dégager de ses liens. — Je m'attacherai exclusivement aux effets du *mancipium*.

Le *mancipium* place le *mancipatus* dans une situation en quelque sorte intermédiaire entre celle des enfants de famille non mancipés et celle des esclaves.

Les textes nous disent à plusieurs reprises des *mancipati*, qu'ils sont *servorum loco*, et Ulpien nous parle à propos du *mancipium* d'*imaginaria servilis causa* (1). Ces termes mêmes indiquent bien que si les *mancipati* sont dans une situation qui se rapproche de celle des esclaves, ils conservent en droit leur statut d'hommes libres. C'est du reste un point qui nous est attesté par des textes précis. — Gaius nous déclare qu'en tombant *in mancipio* on subit une *minima capitis minutio* (2); et c'est la même idée qu'exprime d'une autre façon le jurisconsulte Paul en disant que le *mancipatus* conserve la liberté (3).

Si nous recherchons maintenant quelle est la situation au point de vue contractuel des *mancipati*, je crois pouvoir affirmer, qu'au temps tout au moins où écrivait Gaius le *mancipium* était aussi incom-

(1) L. 3 § 1, D. IV, 5.

(2) Gaius, comm. 1, § 162.

(3) Paul, *Sent.*, l. V, t. I, l. 1 § 1.

patible que l'esclavage avec la capacité de s'obliger. C'est ce qui résulte de plusieurs textes où il est question de *servilis causa*; ce qui résulte également de certains passages de Gaius, notamment du § 104 au comm. III et du § 114 du même commentaire. Le premier de ces textes, que nous avons déjà cité, établit nettement l'incapacité des *mancipati* — et il est confirmé par Gaius lui-même, qui nous dit au § 114, dont cette fois la lecture est bien certaine : « Item servus adstipulando nihil agit, qui ex ceteris causis stipulatione domino acquirit. Item de eo, qui in mancipio est magis placuit, *nam et is servi loco est.* »

Il est vrai qu'un autre fragment de Gaius, qui n'a été déchiffré qu'à grand peine, peut paraître contraire à notre opinion, que le jurisconsulte semble y reconnaître une sanction civile à l'obligation du *mancipatus*. Il s'agit du § 80 au comm. III qu'on lit en général : « Quod vero ad eas personas, quæ in manu, mancipiove sunt ita jus dicitur, ut cum ex contractu earum ageretur, nisi ab eo cujus juri subjectæ sunt, in solidum defendentur, bona quæ eorum futura forent, si ejus juris subjectæ non essent, veneant. »

Mais on peut très bien expliquer ce passage en disant que les dettes dont veut parler le jurisconsulte, ont été contractées non pas pendant la durée de la puissance (*manus* ou *mancipium*) subie par le débiteur; mais avant la *capitis minutio* de ce débi-

teur. Comment, objectera-t-on, le jurisconsulte nous parlerait-il de dettes antérieures à la *capitis minutio*, puisqu'un des effets de cette *capitis minutio* est précisément d'éteindre les dettes du *minutus*? Mais il faut noter que, malgré l'extinction de la dette *jure civili*, le prêteur donnait contre le *capite minutus*, une action fictive. C'est à cette action que Gaius doit faire allusion dans son § 80. J'irai même jusqu'à dire qu'il est impossible qu'il en soit autrement, car s'il s'agissait de dettes contractées par la femme *in manu*, depuis son mariage, nous trouverions consacré par le jurisconsulte ce principe, que le mari d'une femme, qui est pour lui *filix loco*, pourra être poursuivi jusqu'à concurrence de son apport, quand elle s'est personnellement engagée, et c'est là une règle qui serait contraire à toutes celles que nous avons vues en vigueur dans le développement du droit classique, sur les obligations des enfants de famille et particulièrement sur les actions *adjectitiæ qualitatis*.

Je crois qu'en résumé, ces observations justifient suffisamment cette proposition qu'au temps de Gaius, les *mancipati* ne pouvaient pas s'obliger.

De cette incapacité, je tirerai au profit de ma thèse une première remarque, c'est que dans les idées romaines la capacité de s'obliger n'était pas forcément liée à la qualité de personne, qu'on pouvait être citoyen et libre, et cependant incapable de s'obliger.

Je crois, en outre, qu'il est fort difficile d'expliquer l'incapacité des *mancipati* par des considérations particulières. Il faut, pour la comprendre, remonter dans l'histoire, se reporter au temps où il n'y avait qu'une puissance (*manus*), où cette puissance engendrait, pour tous ceux qui y étaient soumis, les mêmes incapacités. Il est du reste facile de concevoir comment la réaction a pu s'opérer au profit des fils de famille non mancipés, sans profiter aux *mancipati*, c'est que nous verrons que les causes de cette réaction sont surtout la création des pécules, et l'émancipation progressive des enfants de famille au point de vue personnel.

Or, pour les *mancipati*, il n'y eut jamais de pécules légaux comparables au castrense ou au quasi-castrense, et jusqu'à la fin du droit romain, le *mancipium* donna au maître investi de cette puissance des pouvoirs très étendus sur la personne de ceux qui la subissaient.

B. — Nous trouvons également des traces de l'incapacité primitive dans les règles relatives à la *filiafamilias*. Nous avons vu qu'à l'époque classique elle était capable, mais que bien certainement cette capacité n'avait pas toujours existé. Nous avons même cité les textes classiques dans lesquels on retrouve très nette la trace du passé sur ce point.

Nous allons chercher à établir que l'incapacité primitive bien certaine de la *filiafamilias* n'avait pas

pour cause la situation particulière de la femme. Peut-être les règles sur la tutelle des femmes *sui juris* ont-elles pu prolonger l'incapacité de la *filiafamilias*; mais je crois qu'à l'origine les mêmes causes avaient engendré les mêmes effets pour les enfants de famille des deux sexes.

Je ne saurais mieux faire pour le prouver que de reprendre un des raisonnements développés d'une façon très remarquable par M. de Savigny dans l'un des appendices à son ouvrage de droit romain. Cujas avait cherché à établir un lien direct entre la tutelle des femmes *sui juris*, et l'incapacité des *filiafamilias*. Il disait en substance : Les femmes *sui juris*, ne peuvent s'obliger qu'avec l'*auctoritas tutoris*. Les femmes *alieni juris* auraient besoin également pour s'obliger d'une *auctoritas*. Mais elles n'ont pas de tuteur, et il n'y a pas d'*auctoritas patris*, par conséquent les *filiafamilias* doivent être dans l'impossibilité absolue de s'engager. Le raisonnement de Cujas conduisait tout naturellement à cette conséquence, que, née de la tutelle des femmes pubères, l'incapacité de la *filiafamilias* avait dû disparaître avec cette tutelle. Savigny consacre son appendice à la réfutation de cette opinion, et voici en dehors des arguments de texte les raisons qu'il invoque. Il repousse d'abord l'analogie que Cujas avait voulu établir entre le *filiusfamilias* impubère et la *filia-*

(1) Savigny, t. VII, app. V.

familias pubère. Il fait remarquer que l'incapacité de l'impubère est naturelle, et qu'il est inutile d'y remédier artificiellement pour un *filiusfamilias* qui n'a pas de patrimoine, puis il continue en ces termes : « Il n'en est pas de même pour les femmes pubères. Elles aussi étaient incapables de plusieurs actes ; mais c'était là une incapacité artificielle, inventée non dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt exclusif de leurs agnats et de leurs patrons, afin de prévenir dans la plupart des cas la perte ou la diminution de la succession *ab intestat* qui devait leur revenir un jour. Tant qu'elles demeuraient sous la puissance paternelle de semblables restrictions n'avaient pas d'objet et il n'y avait aucune raison pour modifier l'état naturel des choses d'après lequel les filles pubères peuvent contracter des dettes aussi bien que les fils pubères. »

Ces observations de Savigny nous montrent que l'incapacité de la *filiafamilias* n'était pas, quoi qu'ait pu en dire Cujas, la conséquence nécessaire de la tutelle des femmes *sui juris*. Savigny tire de son raisonnement cette conclusion que la capacité des filles de famille a toujours dû être la même que celle des fils. Je me rallierai bien volontiers à cette opinion, mais le savant jurisconsulte me semble aller trop loin quand de ces prémisses il veut déduire la proposition que toujours les filles de famille ont été capables. Nous nous heurtons ici à des textes précis que j'ai déjà cités, et qui ont décidé

la plupart des auteurs à admettre l'incapacité primitive de la *filiafamilias*.

Or si nous admettons à la fois qu'il n'y eut jamais de raison pour justifier une différence entre la capacité des filles et celle des fils ; si nous admettons d'autre part que les filles étaient à l'origine incapables, nous avons une preuve de plus de cette incapacité s'étendant à l'origine à toutes les personnes *alieni juris*, que je cherche à établir.

C. — Une autre preuve, que Mandry met en première ligne, est celle que nous fournissent les règles de la *capitis minutio minima* (1).

Je n'ai pas besoin de rappeler que dans le droit primitif, la *capitis minutio minima* était une cause d'extinction des dettes du *capite minutus*. — Il est vrai que de bonne heure le prêteur vint apporter un tempérament aux inconvénients pratiques de cette règle ; il donna contre le *capite minutus* une *actio fictitia*, dont la formule supposait rescindés les effets civils de la *capitis minutio* (2). Mais cette réaction prétorienne n'est qu'une preuve de plus à l'appui du principe ancien, qui seul nous intéresse pour le moment. — Or, il y a dans cet effet de la *capitis minutio* une singularité qui a exercé l'ingéniosité des meilleurs interprètes du droit romain. — Nous reviendrons tout à l'heure sur quelques-unes des

(1) Mandry, *Gemeine familien. Rechts.*

(2) L. 2 § 1, *De cap. min.*

explications qu'ils ont proposées. Mais remarquons maintenant qu'avec notre doctrine d'incapacité primitive la solution du problème est très simple. Qu'est-ce en effet que la *capitis diminutio minima*? Un changement de famille! Or ce changement de famille pourra se produire de trois façons différentes.

A. — Une personne *alieni* deviendra *sui juris* (émancipation).

B. — Une personne *alieni juris* restera *alieni juris* en changeant de famille (adoption, vente *per æs et libram* faisant tomber un enfant en puissance *in mancipio*, *conventio in manum* d'une *filiafamilias*).

C. — Une personne *sui juris* deviendra *alieni juris* (adrogation, — convention *in manum* d'une femme *sui juris*).

Lorsque le *capite minutus* aura été, avant sa *capitis minutio*, *alieni juris* la question des dettes antérieures ne se posera pas, puisque d'après notre doctrine, elles ne sont pas valables.

Reste le cas où une personne *sui juris* devient *alieni juris*. Pourquoi ses dettes s'éteindraient-elles dans cette hypothèse? C'est, dirons-nous, avec notre théorie, parce qu'une personne *alieni juris* ne peut pas être débitrice, — ce qui résulte, avons-nous dit, théoriquement de l'absorption de sa personnalité par celle d'un *paterfamilias*, pratiquement de l'impossibilité des mesures d'exécution.

Grâce à cette explication, nous voyons que l'effet très singulier que l'ancien droit donnait à la *capitis minutio*, se trouve simplement justifié. Il n'est plus qu'une conséquence nécessaire des principes généraux.

Il ne faudrait pas croire, du reste, que ces observations soient en contradiction avec les doctrines sur la *capitis minutio*, qui ont jusqu'à présent rallié les plus importants suffrages.

Je ne reprendrai pas la théorie de Savigny aujourd'hui à peu près abandonnée et que M. Labbé a pu exécuter en quelques mots en disant d'elle : « Les textes lui sont par trop contraires (1). » J'essaierai seulement de montrer que la doctrine de M. Labbé est parfaitement conciliable avec la thèse que je soutiens.

L'idée fondamentale de la *capitis minutio* serait, d'après le savant auteur, une sorte de fiction admise dès l'origine par les Romains, qui leur faisait considérer comme anéantie la personnalité du *capite minutus*. La *capitis minutio* serait comparable à une mort suivie d'une renaissance. Entre la nouvelle personne et l'ancienne il n'y aurait aucun lien.

Mais il faut bien reconnaître que de cette fiction les Romains n'ont pas tiré toutes les conséquences logiques. Elle les aurait amené, en effet, à dire que les dettes *ex delicto* étaient éteintes par la *capitis*

(1) Labbé, app. sur Ortolan, t. II.

minutio ce qu'ils n'ont jamais admis. « Nemo de-
« licto exuitur, quamvis capite minutus (1). »

Il n'est donc pas sans utilité, même avec la doctrine de M. Labbé, d'expliquer comment pour les dettes contractuelles, les Romains n'ont pas pu avoir les mêmes hésitations et la même solution que pour les dettes délictuelles. Nous venons de voir combien cette explication est facile, si l'on admet notre doctrine. C'est un argument de plus en sa faveur.

§ 3.

Malheureusement, nous n'avons pour appuyer ces considérations que quelques textes trop peu précis. A l'époque des grands jurisconsultes l'incapacité primitive avait déjà disparu. Les remarques historiques tiennent dans leurs écrits une place très restreinte. Il n'est donc pas étonnant qu'ils n'aient fait aucune allusion directe à un passé, que cependant les premiers d'entre eux, tout au moins, ne devaient pas ignorer. Nous avons déjà remarqué les termes un peu hésitants d'un texte où Gaius pose le principe de la capacité des *filiifamilias*. « Pubes vero, qui
« in potestate est proinde ac si paterfamilias obligari
« solet (2). » C'est, dans le Digeste, la seule trace d'une règle qui cependant avait dû être en vigueur pendant bien des siècles.

(1) Ulp. fr. 2 § 3, D. 44, 5, *De cap. min.*

(2) Gaius, 141 § 2, *De verb. obl.*, 48, 1.

Nous trouvons, par contre, dans Cicéron un passage qui nous établit tout au moins l'impossibilité pour les personnes *alieni juris* de s'engager *litteris* : *Nam quod æs alienum objectum est... « Tabulæ flagitatæ, videte quam hæc respondeam. « Tabulas qui in patris potestate est, nullus con- « ficit (1). »*

Plaute, dans une de ses comédies, s'exprime d'une façon aussi nette, mais bien plus générale, quand il fait dire à un de ses personnages parlant d'un *filius-familias* : *Non dat, non debet — non debet? ne gry quidem (2).*

Térence fait également, dans une des scènes du Phormion une allusion indirecte à l'incapacité. Quand Demiphon revient de son voyage, et trouve son fils marié à une de ses prétendues cousines, il accable de reproches l'esclave chargé de garder son fils, lui dit qu'il fallait tout tenter pour éviter un pareil mariage, au besoin emprunter pour doter la fille, plutôt que de l'épouser, et l'esclave de lui répondre : Vous savez bien que cela n'était pas possible à votre fils de votre vivant.

Ces textes, si peu décisifs qu'ils soient, avaient déjà préoccupé des interprètes très anciens du droit romain, et donné naissance à cette hypothèse que l'incapacité d'emprunter des fils de famille pour-

(1) Cicéron, *Pro Cælio*.

(2) *Mollestaria*, III, V, 61.

rait bien être antérieure au Macédonien, et avoir déjà existé sous la République (1).

Mais cette hypothèse est beaucoup moins vraisemblable que la nôtre. Comment en effet expliquer le Macédonien, si une incapacité spéciale frappait déjà les *filiifamilias*? Sa nécessité se justifie, au contraire, très bien si on admet une incapacité primitive remplacée par une capacité sans exception. La pratique révèle les inconvénients du principe nouveau permettant trop facilement l'emprunt aux personnes *alieni juris*, et le Macédonien vient apporter un remède au mal.

Il est bien certain cependant que ces citations ne suffiraient pas à elles seules à justifier ma thèse. Mais venant s'ajouter aux considérations que j'ai fait valoir, elles sont un nouvel élément de preuve, qui a bien sa valeur.

(1) Cette opinion a été proposée il y a fort longtemps par des auteurs allemands (Bathe, Diss. inaug. sur le Macédonien). (Ferdina. aug. Homel jam ante de invalido mutuo filiorum famiilorum senatus-cons. macedionanum.)

CHAPITRE III.

Une des plus grosses objections qu'on puisse faire à cette thèse c'est qu'il est assez difficile d'expliquer comment et pourquoi le principe ancien s'est complètement transformé. Cette difficulté a beaucoup préoccupé les partisans de l'incapacité primitive, et nous allons voir que les solutions qu'ils proposent sont loin d'être uniformes.

L'étude de la transformation du principe ancien va être pour nous l'objet d'un troisième chapitre.

Nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes. Dans un premier paragraphe, nous chercherons par quel mode a pu s'opérer la transformation.

Dans un second, nous chercherons à déterminer les causes qui ont engendré le principe de la capacité.

Nous terminerons en essayant de préciser autant que possible la date du changement.

§ 1^{er}.

Si je commence cette partie de mon étude par l'examen du mode de transformation du principe, c'est parce que cet examen est ce qu'il y a de moins délicat dans la tâche qui me reste à accomplir.

Il est bien certain, en effet, que c'est un mouvement de jurisprudence qui a modifié, au point de vue contractuel, la situation des enfants de famille. Si une loi avait été rendue sur ce point, très probablement nous en trouverions la trace, et à coup sûr l'existence d'une semblable loi est incompatible avec la rédaction de certains textes, tel que celui de Gaius : « *Pubes obligari solet* ».

Resterait l'hypothèse d'une réaction prétorienne mais elle doit être également rejetée. C'est que les innovations du prêteur ont comme une estampille spéciale. Ce magistrat emploie pour corriger le droit civil des moyens détournés, qui permettent toujours de reconnaître son intervention, là où elle s'est produite.

Or nous ne trouvons pas la marque prétorienne dans l'action que le droit classique donne au créancier d'un *filiusfamilias* et en outre les termes des lois que nous avons citées nous montrent bien que c'est une règle de droit civil qui valide l'obligation des enfants de famille (1).

Quand nous avons écarté l'hypothèse d'une loi et celle d'une innovation prétorienne, il ne nous reste plus à admettre que celle d'un mouvement de juris-

(1) Dernburg considère cependant comme vraisemblable l'hypothèse d'une innovation prétorienne. — Selon lui l'action donnée d'abord au créancier d'un fils de famille aurait été une *actio fictitia*; mais c'est là une opinion difficilement conciliable avec les textes que j'ai examinés. 1, s. 7, *Crit. Zeitrechts.*

prudence, à une époque où la coutume était en partie dirigée par les jurisconsultes.

§ 2.

Reste à nous demander — et c'est un point bien plus délicat — quelles ont été les causes de la transformation. Sur ce point les partisans de l'incapacité primitive se divisent et voici quelles sont les principales opinions, qui ont été émises sur la question.

Voigt ramène toute la transformation à la création du pécule castrense. Selon lui la principale cause de l'incapacité primitive était l'incapacité de posséder des enfants de famille. Quand le pécule castrense fut créé, on les considéra comme capables pour tout ce qui touchait au pécule. Et ce principe impliquait la capacité contractuelle au moins pour les obligations relatives au *peculium castrense*. Mais il ne devait pas toujours être facile de reconnaître si une obligation était de celles valables en vertu de cette règle, ou si au contraire elle était étrangère à l'administration du pécule. On dut être ainsi amené d'abord à reconnaître un grand nombre d'obligations des *filiifamilias*, puis insensiblement à les reconnaître toutes (1).

Trèsdifférenteest l'explication que nous donne Mandry. Suivant l'auteur du *Gemeine familien Rechts*(2),

(1) Voigt, t. 2, p. 64 n° 8. — *Die zwölfen taffeln*.

(2) Mandry, *Gemeine familien Rechts*, t. I, § 36 et suiv.

le mouvement de réaction qui se produit en faveur de la capacité des enfants de famille n'est pas un fait isolé. Ce n'est qu'une conséquence, en quelque sorte un corollaire de l'admission des principes qui ont abouti également à la reconnaissance des obligations des esclaves, comme obligations naturelles. A l'origine, bien certainement, les obligations naturelles n'existaient pas encore. L'incapacité de l'esclave était absolue — (Gaius, com. III, 104) (L. 43, *De obl. et act.*). Ce n'est donc qu'au cours du développement du droit romain qu'on fut amené à reconnaître les obligations des esclaves comme obligations naturelles et voici, d'après Mandry, les motifs de cette innovation : c'est que l'obligation de l'esclave était toujours susceptible de produire, malgré sa nullité, certains effets futurs ou indirects, tels par exemple qu'un paiement fait par l'esclave après son affranchissement, tels qu'une fidéjussion garantissant la dette du *servus* ou encore un engagement consenti par une personne capable en contre-partie de la promesse de l'esclave.

Dès lors, il arriva bientôt que la nullité n'apparut plus aux Romains une idée complètement exacte, appliquée à des actes susceptibles de produire certains effets, et ils reconnurent l'*existence* de l'obligation de l'esclave. — Par la même raison, ils reconnurent l'*existence* de l'obligation du fils de famille ; mais pour l'esclave, ils devaient nécessairement s'arrêter dans la voie où ils s'engageaient.

Ils pouvaient bien reconnaître son obligation ; mais donner à ses créanciers une action civile, c'était l'impossible, puisque les esclaves n'avaient pas de personnalité. On ne peut pas agir contre une chose, et on en arrivait ainsi tout logiquement à la formule d'Ulpien : « Contractibus civiliter non obligantur, « sed naturaliter obligantur et obligant. »

Pour les fils de famille, au contraire, rien ne s'opposait au développement complet du principe nouveau. Dès l'instant où on reconnaissait leurs obligations, elles pouvaient fort bien être pourvues d'actions, puisque, comme nous l'avons vu, rien ne s'opposait plus dans la procédure formulaire à une poursuite contre un fils de famille.

Voilà comment les mêmes causes, qui firent des dettes des esclaves des obligations naturelles, donnèrent aux enfants de famille une capacité complète.

A côté de ces deux explications, une troisième hypothèse a été fournie par M. Esmein. Elle se rattache à toute une théorie, dont je ne peux ici que dire un mot. Suivant M. Esmein (1), en droit romain, comme dans plusieurs autres législations anciennes, les dettes à l'origine auraient été intransmissibles. Le débiteur une fois mort, le créancier n'aurait eu aucun droit contre ses héritiers. Pour corriger les résultats dangereux d'une pareille règle, pour augmenter le crédit, on avait recours au cau-

(1) *Revue hist.*, 1887 (Courtes études).

tionnement. Les héritiers présomptifs d'un individu voulant s'obliger, cautionnaient sa dette. Rien de plus facile, quand ses héritiers étaient *sui juris*, quand c'étaient des *gentiles*; mais si, comme cela arrivait le plus souvent, les héritiers présomptifs du débiteur étaient ses *filiifamilias*, le principe de l'incapacité primitive les empêchait de cautionner la dette de leur *pater*, et c'est le désir de leur permettre d'arriver à ce résultat qui serait l'une des causes, peut-être la principale, de leur capacité.

Entre ces trois opinions, je me garderai bien de choisir, d'abord parce que le choix serait singulièrement délicat, puis aussi parce que je crois qu'il m'exposerait fatalement à une erreur.

Je serais disposé à croire que ce n'est pas une cause unique qui a engendré le principe de la capacité des *filiifamilias*. Ce principe n'est que la conséquence d'un mouvement général, en faveur des enfants de famille et même de toutes les personnes *alieni juris*. Je ne nie pas que la création du castrense ait aidé à la reconnaissance des droits contractuels des *filiifamilias*. Le mouvement qu'indique M. Voïgt est très plausible; il place l'introduction du principe nouveau au début de l'empire, et c'est, nous allons le voir, la date la plus vraisemblable. Mais peut-être M. Voïgt a-t-il été un peu loin, quand il voit dans le pécule castrense la cause unique de la capacité nouvelle. Il faudrait pour cela que l'incapacité n'ait pas eu d'autre raison que l'impossibilité pour le *filius*

d'être propriétaire et c'est une idée que j'ai essayé de combattre en bien des passages de cette thèse.

D'ailleurs l'opinion de M. Mandry paraît également très vraisemblable. Elle rattache l'apparition du principe nouveau à la disparition des obstacles presque matériels qui avaient empêché la capacité à l'origine et avaient subsisté pour les esclaves. Cela concorde parfaitement avec ce que j'ai dit, en cherchant à montrer que l'incapacité primitive était due en grande partie aux difficultés d'exécution des obligations des personnes *alieni juris*.

Quant à l'hypothèse proposée par M. Esmein, sa vraisemblance dépend toute entière d'une question préjudicielle. Mais si on admet le principe de l'intransmissibilité des dettes à l'origine, elle prend immédiatement un caractère de vraisemblance qui s'impose, et il faut alors certainement ranger cette nouvelle cause de transformation à côté de celles que proposent M. Mandry et Voigt.

Je crois qu'il faudrait, pour dégager toutes les causes de la transformation, reprendre toutes celles de l'incapacité, et en les voyant disparaître une à une, nous verrions chaque fois apparaître une raison nouvelle en faveur du changement.

A l'origine, avons-nous dit, la division entre les personnes et les choses n'avait pas la netteté qu'elle devait acquérir plus tard. La même puissance pesait sur le fils de famille, et l'esclave. Plus tard entre la *patria potestas* et la *dominica potestas*, des dif-

férences importantes se sont établies. En fait, les fils de famille ont pris dans la vie et dans la cité un rôle plus indépendant et plus important.

En droit privé ils ont été considérés d'une façon bien certaine comme des *personæ*. D'autre part la création du pécule castrense vint bientôt apporter une première exception à leur incapacité de posséder. La disparition de la *manus injectio* et de ses conséquences exagérées rendit possibles les poursuites contre un fils de famille, sans que les droits de la puissance paternelle fussent lésés.

Toutes ces causes réunies ont dû influencer sur la transformation. Vouloir préciser davantage, ce serait tenter l'impossible. — Le plus souvent les mouvements coutumiers ont ainsi des raisons inappréciables d'une façon très exacte. On ne peut pas les ramener à une cause unique et déterminée.

§ 3.

Il me reste maintenant à rechercher la date de la transformation du principe de la capacité, mais ici encore la solution sera indécise.

Si nous nous attachons aux textes de Plaute, de Térence, et même de Cicéron. Si nous tenons compte de la presque hésitation de Gaïus, nous sommes amenés à croire que l'incapacité a subsisté jusqu'à la fin de la République. — D'autre part, la loi de Claude, dont nous parle Tacite, et qui serait le préliminaire du Macédonien, l'existence du bénéfice de

compétence accordé de très bonne heure au fils émancipé, nous montrent que presque au début de l'empire le principe de la capacité existait déjà.

Il est donc probable que c'est vers l'époque d'Auguste que s'est opérée la transformation. C'est, du reste, une supposition très plausible, si on songe, qu'à ce moment un grand mouvement législatif s'est produit, que notamment c'est alors qu'a triomphé la procédure formulaire, et qu'a été créé le pécule castrense.

Le principe de la capacité daterait donc, selon nous, de la révolution juridique qui s'est produite à cette époque, et dont sont nées tant de grandes différences entre le vieux droit romain et le droit classique.

DE L'EXÉCUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

PASSÉS PAR LE FAILLI

ANTÉRIEUREMENT A LA FAILLITE

EN DROIT FRANÇAIS.

Lorsqu'un commerçant tombe en faillite, ses créanciers ne se trouvent pas tous placés par le fait de cette faillite dans la même situation. Certains d'entre eux tiennent soit de la loi, soit d'une convention des droits particuliers, tels sont par exemple les créanciers privilégiés, et les créanciers hypothécaires. Les uns et les autres peuvent dans l'actif du failli prélever le remboursement de ce qui leur est dû, avant que les créanciers chirographaires aient rien à toucher; mais il ne faudrait pas croire qu'abstraction faite des privilèges et hypothèques, l'égalité parfaite règne entre les créanciers. Il ne faudrait pas croire que tous les chirographaires n'ont qu'un droit : celui d'être payés au marc-le-franc sur l'actif du failli, diminué par les prélèvements des créanciers à hypothèque ou à privilège. Il peut exister

pour certains d'entre eux de véritables causes de préférence, qui peuvent quelquefois les mettre à l'abri des conséquences de la faillite de leur débiteur, quand bien même les autres créanciers ont à les supporter. Tel est, par exemple, le cas des créanciers qui ont à faire valoir un droit de rétention, telle est encore la situation des créanciers liés au failli par un contrat synallagmatique. C'est de cette dernière catégorie que j'ai l'intention de m'occuper et je voudrais rechercher quels sont les droits, que la loi française leur accorde en raison seulement de la nature synallagmatique de leur titre. Parmi ces créanciers dont je veux parler, il en est qui peuvent avoir soit privilèges, soit hypothèques, il en est même que leurs contrats ont rendu propriétaires d'objets restés en possession du failli. Il est bien entendu que je ne veux pas étudier les droits que peuvent leur conférer ces qualités spéciales de privilégiés, d'hypothécaires ou de propriétaires. Je les considère seulement comme créanciers chirographaires, mais chirographaires en vertu d'un contrat synallagmatique et je me demande quelle est leur situation légale.

Cette étude ne répond à aucune division des Codes. Nous ne trouvons nulle part un titre consacré à la détermination des droits dont je veux parler, mais si ce titre n'existe pas dans nos lois, nous le rencontrons au contraire dans les législations toutes récentes et dont le caractère scientifique a attiré l'attention des jurisconsultes de tous les pays. C'est ainsi

que dans le nouveau Code de procédure civile de l'Empire allemand et dans la loi hongroise les droits des créanciers synallagmatiques sont exposés dans une série de dispositions réunies en un même chapitre. Je ne veux pas parler en détail pour le moment de ces dispositions et des difficultés d'interprétation qu'elles ont pu soulever. Ce que je veux retenir seulement du droit allemand, c'est l'existence en quelque sorte matérialisée par la rédaction d'une série d'articles d'une théorie générale des droits des créanciers synallagmatiques.

Cette théorie existe-t-elle également dans notre législation malgré le silence des Codes français? Il est facile de saisir l'intérêt pratique très considérable de la question. Si en effet cette théorie n'existe pas, les dispositions éparses dans nos lois et relatives à tel ou tel contrat synallagmatique ne se rattachent à rien et quand l'interprète trouvera un point douteux ou une lacune dans la loi, il n'aura pas un droit commun à appliquer pour faire cesser son doute ou combler la lacune. Ce serait là un grave défaut, et bien certainement à l'heure où notre législation sur la faillite est toute entière remise en question, il faudrait se préoccuper de faire nos lois sur ce point aussi complètes que les nouveaux Codes étrangers. Tel est l'avis des jurisconsultes qui pensent qu'à l'heure actuelle la théorie générale n'existe pas chez nous, qu'il n'y a aucun lien, par exemple entre les dispositions relatives au vendeur et celles

relatives au bailleur dans le cas de faillite d'un acheteur ou d'un locataire.

Le but de ma thèse est d'essayer de montrer que cette théorie générale existe au contraire dans nos lois, qu'il est possible de la dégager des principes élémentaires en matière de contrat synallagmatique et de faillite. Quand j'aurai dans une première partie envisagé ainsi la question dans ses grandes lignes, j'examinerai les dispositions légales relatives à tel ou tel contrat particulier, et je tâcherai de montrer les liens de ces dispositions avec la théorie générale.

Ce travail terminé nous verrons si la théorie dégagée des principes généraux ne disparaît pas étouffée sous les exceptions particulières, et c'est alors seulement que nous pourrons faire une comparaison complète du système français avec les solutions données par les Codes étrangers, et spécialement par la loi allemande qui passe pour la meilleure sur ces matières. C'est alors aussi que nous pourrons nous demander si un changement législatif est désirable ou si au contraire la situation actuelle suffit aux besoins de la pratique et répond aux données scientifiques qui doivent toujours trouver leur place dans une loi bien faite.

Je diviserai cette étude en trois grandes parties. Dans la première j'examinerai exclusivement les dispositions générales de la loi, celles qui n'ont pas rapport à tel ou tel contrat; mais sont faites pour tous, et c'est à l'aide de ces textes que j'essaierai de

construire une théorie générale des droits des créanciers synallagmatiques.

Dans un second chapitre j'examinerai au contraire les textes très nombreux qui sont relatifs aux principaux contrats synallagmatiques (vente, louage, louage d'ouvrage, assurance, société); j'aborderai enfin dans une dernière partie la critique de la loi française, comparée à quelques dispositions des lois étrangères les plus récentes.

CHAPITRE PREMIER.

THÉORIE GÉNÉRALE.

Supposons qu'un contrat synallagmatique soit intervenu entre deux personnes capables. Puis avant son exécution complète une des parties tombe en faillite. Quel va être le sort du contrat? Quels vont être les droits de chacune des parties.

Il est d'abord une hypothèse à écarter, c'est celle où le contrat synallagmatique a été exécuté par le failli avant que la faillite ait été déclarée. En effet, l'autre contractant est alors désintéressé, ses droits sont éteints par l'exécution de l'obligation dont il était créancier, et la faillite ne peut pas par conséquent porter atteinte à des droits qui n'existent plus.

Le seul cas qui puisse donner lieu à des difficultés est donc celui où il y a inexécution soit de deux côtés, soit de la part du failli (il est bien entendu qu'à l'inexécution il faut assimiler l'exécution partielle).

Voyons donc ce qui arrivera dans cette hypothèse.

Le premier grand principe à poser c'est celui de la non résolution par la faillite. Malgré cette faillite le contrat subsiste et aucune des parties ne peut le prétendre rompu *ipso facto*. Les causes de résolution

d'un contrat sont en effet limitativement déterminées par la loi, et nulle part il n'est fait mention parmi ces causes de la faillite d'une des parties. Nous verrons bientôt que la faillite peut indirectement amener la résolution. Elle ne peut jamais en être la cause directe et unique, le principe est si simple qu'il serait inutile de le défendre si l'art. 578 du C. co. n'avait jeté le doute dans quelques esprits. Cet article donne au syndic de la faillite, lorsque le failli est acheteur, le droit d'exiger la livraison de la chose, en payant le prix. Puisqu'il a fallu, a-t-on dit, une disposition spéciale pour permettre aux syndics d'éviter la résolution dans un cas particulier, c'est bien que le droit commun consacre cette résolution *ipso jure*. La question a été plusieurs fois soumise à la Cour de cassation ; cette Cour a toujours répondu qu'il fallait un texte pour établir une cause de résolution et que l'argument tiré de l'art. 578 C. co. est beaucoup trop indirect pour être décisif. Nous nous rallierons à cette jurisprudence constante acceptée d'ailleurs par tous les auteurs à l'exception seulement de M. Renouard qui considère la faillite comme une cause de résolution *ipso jure*.

Dès l'instant que le contrat subsiste malgré la faillite, les syndics doivent avoir le droit de l'exécuter et de demander en échange de cette exécution le paiement de l'autre partie ; mais il faut bien voir qu'ils sont libres de prendre ce parti ou de le repousser ; il ne saurait leur être imposé, et en effet :

nous nous occupons pour le moment des droits d'un créancier synallagmatique abstraction faite de tous privilèges et hypothèques.

Ce créancier est donc un chirographaire, qui n'a pas droit au paiement intégral, et l'exécution par les syndics c'est le paiement intégral. Il est bien évident que le créancier synallagmatique ne pourra pas demander à prélever la somme toute entière qui lui est due dans l'actif du failli. Ce serait réclamer les droits d'un créancier privilégié ou hypothécaire alors qu'il n'est que chirographaire, se mettre en dehors de la faillite alors qu'il a à en supporter les conséquences.

Nous arrivons donc à cette double proposition :

A. La faillite ne résout pas de plein droit le contrat.

B. Les syndics qui succèdent aux obligations du failli peuvent invoquer ce principe de la non résolution pour exécuter le contrat. Mais cette exécution intégrale est simplement facultative pour eux. En la refusant ils appliquent à un créancier chirographaire la loi de la faillite. Ils exercent un droit.

Nous allons maintenant rechercher ce qui arrive suivant que les syndics optent pour tel ou tel parti, suivant qu'ils exécutent ou qu'au contraire ils refusent le paiement intégral.

1° Les syndics sont décidés à exécuter.

Dans cette hypothèse — lorsque l'obligation du

failli est sans terme, — il n'y a pas de difficultés possibles. Les syndics succèdent aux droits du failli. Ils consentent à accepter son obligation. Evidemment ils ne peuvent pas en transformer les modalités au détriment du créancier. C'est l'exécution immédiate qu'aurait dû le failli; c'est l'exécution immédiate que devront les syndics, et quant ils auront payé, le cocontractant sera obligé envers eux, comme il l'aurait été envers le failli lui-même.

Mais en pratique le plus souvent, les obligations des contractants ne seront pas exigibles immédiatement.

Il y aura un terme soit en faveur du failli, soit en faveur de l'autre partie.

(a) Le terme est établi en faveur du failli. — Il peut sembler au premier abord que dans cette hypothèse l'art. 1188 puisse amener la déchéance du terme. Ce texte nous dit en effet que le débiteur ne peut pas réclamer le bénéfice du terme quand il a fait faillite. Or, les syndics qui exercent les droits du failli ne doivent pas en avoir plus qu'il n'en aurait eu lui-même. Le faillin'aurait pas pu invoquer le bénéfice du terme. On peut croire qu'ils ne pourront pas l'invoquer non plus. Je pense pour ma part que ce raisonnement ne peut pas être accepté. Il est bien vrai que l'art. 1188 proclame la déchéance du terme pour le failli sans que la loi pose d'exceptions au principe. Mais le motif bien certain de l'art. 1188, celui que révèlent à la fois et les travaux préparatoires et la

suite du texte, c'est le désir de protéger les droits du créancier mis en péril par la faillite. Or, ces droits ne courent aucun risque si les syndics s'engagent à payer, à condition bien entendu que l'exécution de leur engagement soit assurée, et elle peut l'être soit par une caution soit par un dépôt. Il peut y avoir là une solution comparable à ce qui se passe lorsqu'il y a obligation conditionnelle du failli, et lorsque la condition est encore pendante au moment de la faillite. — La jurisprudence, dans le silence de la loi, décide alors que la somme conditionnellement due sera colloquée aux créanciers conditionnels, qui devront fournir caution de la restituer à la masse si la condition vient à défaillir (1). On pourrait faire de même (demander une caution aux syndics) dans l'hypothèse où il y a terme, et où ils veulent exécuter. De cette façon les intérêts jusqu'au jour du terme profiteraient à la masse des chirographaires; mais il paraît bien dur de lui appliquer l'art. 1188 et de supprimer complètement le terme à son détriment, car alors le créancier qui sera intégralement payé, et cela avant terme, réaliserait, grâce à la faillite, un bénéfice forcément prélevé sur la part des créanciers réduits à tant 0/0. Qu'on ne dise pas que la loi, par l'art. 1188, a voulu écarter ces complications de dépôt ou de caution bonnes tout au plus à retarder dans un intérêt minime les opérations de

(1) Dem., t. V, p. 156. Béd., n° 93. Alauzet, n° 2846.

la liquidation, et à amener des frais considérables. Qu'on ne dise pas non plus que dans une opinion répandue les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent invoquer la déchéance du terme (1) et que la situation est la même pour eux que pour les créanciers synallagmatiques, quand les syndics s'engagent à les désintéresser complètement. En réalité la situation dont nous nous occupons est toute spéciale. Le créancier n'a plus un failli pour débiteur, ce failli est remplacé par des syndics représentant une masse qui peut donner des garanties. De quel droit invoquerait-on contre elle un article qui n'a de raison d'être que parce que la faillite d'ordinaire laisse des créanciers sans débiteur (2).

(1) Il n'est pas certain du tout que les créanciers privilégiés et hypothécaires peuvent invoquer la déchéance du terme. On décide au contraire le plus souvent que les motifs de l'art. 444, C. com., ne peuvent s'appliquer à eux et cette interprétation semble confirmée d'une façon législative par la loi du 12 fév. 1872, art. 550, C. com.

(2) Il est impossible de donner comme certaine l'opinion que je propose sur la question de déchéance du terme quand les syndics optent pour l'exécution. Les expressions des art. 4188, C. civ. et 444, C. com., sont trop générales pour que les adversaires de notre opinion ne puissent en tirer un argument sérieux. Je crois cependant qu'on peut décider en s'arrêtant à cette considération que proclamer la déchéance du terme au profit du créancier qui reçoit l'exécution intégrale, c'est lui donner un véritable profit, résultant de la faillite.

Si du reste on admet que les termes très généraux de l'art. 444, C. com., ne peuvent pas être appliqués aux créances hypothécaires et privilégiées pourquoi ne pas admettre qu'on peut écarter ces dispositions au détriment d'autres créanciers aussi bien garantis que

(b) Le terme est établi en faveur du non-failli. — Ici pas de complications possibles. Les syndics doivent exécuter immédiatement et rien ne sera changé aux conditions du contrat. Le non-failli ne pourra pas être poursuivi avant l'arrivée du terme que lui assure la convention.

2° Les syndics refusent l'exécution.

(a) Dans cette hypothèse la question de terme ne se pose plus. L'application de l'art. 1188, en effet, n'est plus douteuse et par conséquent si le contrat accordait un terme au failli, la faillite le fait disparaître. C'est donc immédiatement que le créancier synallagmatique va avoir à exercer ses droits! Mais quels sont ces droits?

les créanciers hypothécaires et privilégiés puisque les syndics leur auront fourni une caution.

On dit aussi que des créanciers exerçant les droits de leur débiteur ne peuvent pas avoir plus de droits que ce débiteur et que dès lors admettre que les syndics peuvent éviter la déchéance du terme en fournissant caution, c'est admettre par là même que le failli pourrait en faire autant, ce qui nous entraîne bien loin de l'art. 444, C. com. Mais en réalité l'objection ne se pose pas, puisque le failli dessaisi de ses biens ne pourra jamais offrir l'exécution intégrale à un créancier au détriment des autres.

En résumé, je crois que la question douteuse dans l'état actuel de notre législation doit cependant être tranchée dans le sens du maintien du terme, quand les syndics donnent les garanties suffisantes d'une exécution intégrale.

En tous cas, c'est la solution la meilleure au point de vue législatif, et elle est consacrée en termes très nets par le Code fédéral des obligations (art. 96).

Tout d'abord le créancier synallagmatique peut invoquer comme les syndics auraient pu le faire eux-mêmes le principe de la non résolution *ipso jure*. Il peut opter pour le maintien du contrat, et se disant décidé à l'exécuter pour sa part, demander à être payé.

Mais il n'est que créancier chirographaire, c'est donc en monnaie de faillite qu'il sera soldé. Il n'aura droit qu'à un tant 0/0, suivra la fortune de la masse ! C'est là une solution à coup sûr défavorable pour lui, puisque d'une part il aura à exécuter intégralement son contrat, et qu'il ne recevra en contrepartie qu'un paiement partiel et peut-être dérisoire.

Mais l'art. 1184 vient lui fournir un moyen d'éviter cette perte ; et c'est ici que nous trouvons le véritable avantage que les principes généraux accordent aux créanciers synallagmatiques sur les simples chirographaires. L'art. 1184 décide que lorsqu'il y aura, par la faute du débiteur, inexécution d'un contrat synallagmatique, le créancier pourra toujours demander la résolution de ce contrat avec dommages-intérêts.

Or quand il y a faillite et lorsque les syndics ne veulent pas payer intégralement, il y a inexécution, puisqu'au lieu de recevoir ce qui lui est dû, le créancier ne reçoit qu'un tant 0/0. Cette inexécution provient de la faillite, c'est-à-dire d'une faute du débiteur. Il peut donc y avoir résolution.

Quels vont être les effets de cette résolution ? D'a-

bord elle libérera le contractant qui l'aura obtenue. S'il n'a pas encore exécuté il sera dispensé d'effectuer sa prestation. Il ne sera plus par conséquent obligé comme tout à l'heure de fournir une exécution complète en échange d'une exécution partielle.

Mais là ne s'arrêtent pas ses droits. — La résolution de l'art. 1184 est toujours accompagnée de dommages-intérêts. Le créancier du failli va donc dans notre hypothèse pouvoir demander des dommages-intérêts, mais à qui les demandera-t-il ? et quel en sera le quantum ?

1° *A qui les demandera-t-il ?* — Sur ce point des doutes se sont élevés. La question a été posée notamment à propos de la vente, et certains auteurs ont dit d'accord avec quelques arrêts : c'est la masse qui est débitrice des dommages-intérêts. D'autres soutiennent au contraire que le failli est le véritable débiteur.

L'intérêt de la question est assez grand. Si c'est la masse qui doit les dommages-intérêts elle les payera intégralement. Les créanciers de la masse par opposition aux créanciers dans la masse doivent être complètement désintéressés. Si au contraire c'est le failli lui-même qui est personnellement responsable des dommages-intérêts, le créancier de ces dommages n'aura droit qu'à un tant pour 0/0 ; en effet, il sera simplement chirographaire, puisque le jugement lui accordant des dommages-intérêts aura été rendu à une époque où la loi interdit l'inscription de l'hypothèque judiciaire.

Les partisans du premier système invoquent un raisonnement assez spécieux : la véritable cause des dommages-intérêts, disent-ils, c'est l'inexécution du contrat. C'est le refus de délivrance. Or ce refus de délivrance ne provient pas du failli qui est dessaisi : il est le fait des syndics. Par conséquent c'est aux syndics, c'est-à-dire à la masse à en supporter les conséquences et à payer l'indemnité. Telle est l'argumentation avec laquelle la Cour suprême cassait en 1856 un arrêt de la Cour de Poitiers (1) qui considérait le failli comme débiteur des dommages-intérêts.

Je pense pour ma part que ce système doit être rejeté. Il est mauvais au point de vue pratique, — théoriquement je crois qu'il repose sur une confusion. Il est pratiquement peu satisfaisant puisqu'il assure aux créanciers synallagmatiques un paiement intégral qui les met complètement en dehors de la faillite au détriment des autres créanciers. C'est en réalité leur accorder un véritable privilège, et cela sans texte, ce qui est contraire aux règles de notre droit, comme à celles de l'équité.

Théoriquement ce système repose sur une confusion. Quelle est en effet la véritable source des dommages-intérêts ? C'est la faute. C'est parce qu'une faute a été commise à son préjudice que le créancier a obtenu une indemnité. — Qui a commis cette faute ?

(1) Poitiers, 12 mars 1856 (S. 56. 2. 196; S. 32. 2. 348).

Est-ce la masse ? Non pas. — Il est vrai que les syndics la représentant ont refusé l'exécution intégrale. — Mais, comme nous l'avons dit, ils ne faisaient qu'exercer un droit. Ils se trouvaient en présence de chirographaires, et voulaient leur imposer la loi de la faillite, les payer au marc-le-franc. Ces chirographaires seraient mal fondés à s'en plaindre, — la véritable faute c'est la faillite. — La faillite sans laquelle le contrat aurait été exécuté, et qui rend son exécution impossible. Or la faillite, ce n'est certainement pas le fait de la masse, c'est celui du failli, — par conséquent c'est lui qui doit personnellement les dommages-intérêts — et le créancier de ces dommages simplement chirographaire n'aura droit pour leur paiement qu'à un tant 0/0.

Je crois que cette interprétation met d'accord les principes théoriques avec la nécessité de ne pas favoriser outre mesure certains créanciers au détriment des autres.

Quantum des dommages-intérêts. — Il nous reste à nous demander que sera le *quantum* des dommages-intérêts qui accompagneront la résolution prononcée en vertu de l'art. 1184.

La règle générale c'est que les indemnités se calculent sur le dommage apprécié dans ses deux éléments distincts : *damnum emergens* et *lucrum cessans*. Si nous nous plaçons dans l'hypothèse où la dette du failli était immédiatement exigible, il ne peut y avoir que des difficultés de fait. Les tribu-

naux pourront avoir dans certains cas quelque peine à apprécier exactement le préjudice que peut causer aux tiers lésés, l'inexécution du contrat. Mais sur la question de droit, il n'y a pas de doute possible. C'est ce préjudice estimé au moment de la faillite qui servira de base au calcul des dommages-intérêts.

Si l'engagement du failli est à terme, la question sera plus complexe. On ne peut pas dire que la faillite fait disparaître le terme et que par conséquent il n'y a plus à s'en préoccuper au point de vue des dommages-intérêts. Avec un pareil raisonnement on pourrait arriver à favoriser étrangement les créanciers synallagmatiques du failli. Supposons par exemple qu'un contrat assure une prestation à Primus pour le 1^{er} janvier 1889. Au mois de juillet 1888 son cocontractant Secundus tombe en faillite. Que perd Primus pour l'inexécution sur ce qu'il était en droit d'attendre? Le bénéfice qu'il aurait réalisé si le contrat avait été exécuté à terme; mais non pas celui peut-être bien plus grand, que lui vaudrait l'exécution au moment de la faillite. Pour apprécier exactement le dommage, il faut donc l'expertiser au moment du terme et non à celui de la faillite. Mais bien souvent les juges seront dans l'impossibilité absolue de connaître au mois de juillet la perte que pourrait causer l'inexécution d'un contrat six mois après. Cette perte, s'il s'agit d'une vente, par exemple, va varier avec le cours des marchandises ven-

dues. Il va être fort difficile de l'évaluer même approximativement. Il sera donc absolument nécessaire, pour ne sacrifier les droits d'aucune des parties, de laisser les choses en suspens, de condamner par exemple le failli à des dommages-intérêts qui seront fixés par le cours des marchandises au moment du terme. On sera alors en présence d'une créance dont le montant sera conditionnel. Je pense qu'il faudra employer les moyens qu'admet la jurisprudence pour assurer les droits des créanciers conditionnels en cas de faillite. Mais il faut bien voir qu'on ne sera pas toujours obligé de recourir à cette solution incommode, et qu'il est bien des cas où le dommage pourra s'apprécier à l'avance.

Si nous jetons maintenant un regard d'ensemble sur ces quelques explications, nous voyons que la disposition qui fait aux créanciers synallagmatiques un avantage très réel sur les créanciers chirographaires, c'est le droit de résolution facultative que leur accorde l'art. 1184. Je voudrais avant d'en terminer avec ce chapitre montrer par un exemple l'importance de ce droit.

Supposons une faillite dans laquelle le dividende est de 50 p. 0/0. Un créancier chirographaire de 10,000 fr., va perdre 5,000 fr. Prenons maintenant un créancier synallagmatique auquel la faillite doit également 10,000 fr., mais qui doit en échange une prestation évaluée à 8,000 fr. Il invoquera l'art. 1184, gardera sa prestation, et en outre réclamera des

dommages-intérêts basés sur ce que l'inexécution du contrat lui fait perdre un bénéfice de 2,000 fr., (10,000 — 8,000).

Le failli sera condamné à 2,000 fr. de dommages-intérêts; mais réduit au marc-le-franc pour le paiement de cette indemnité, son créancier ne touchera que 1,000 fr. Il aura en résumé perdu 1,000 fr. pendant que le créancier chirographaire ordinaire en perd 5,000.

L'intérêt qu'a le créancier synallagmatique à invoquer la résolution, serait bien plus grand encore, si avant la faillite le contrat avait tourné à son détriment, si par exemple la prestation qu'il doit était évaluée à 10,000 fr. pendant que la prestation qui lui est due est de 8,000 fr.

Mais dans cette hypothèse il n'y aura pas résolution, parce que les syndics useront de la faculté que leur donne le principe de non résolution *ipso jure*. Ils paieront intégralement pour avoir à leur tour une exécution complète.

En résumé nous voyons que la faillite n'entraînera le plus souvent pour le créancier synallagmatique qu'une perte très restreinte, et que sa situation est bien meilleure que celle d'un créancier simplement chirographaire. Nous allons voir cependant que le législateur a pensé que dans bien des cas la garantie dont nous venons de parler est insuffisante. Il a voulu mieux protéger encore les créanciers liés au failli par

les contrats synallagmatiques très usuels, tels que la vente et le louage. Il leur a accordé des privilèges. L'existence de ces privilèges, la nature de certains contrats, les uns translatifs de propriété, les autres exigeant des prestations successives entraînent forcément des modifications très importantes à la théorie que nous venons d'esquisser. Nous allons voir, en nous occupant particulièrement de chaque contrat, que les règles que nous avons étudiées forment cependant le droit commun des créanciers synallagmatiques toutes les fois que la loi n'a pas cru devoir les renforcer.

CHAPITRE II.

VENTE.

Nous diviserons notre étude sur la vente en deux sections. Nous examinerons : A. L'hypothèse où le failli est vendeur. — B. L'hypothèse où le failli est acheteur.

A. — *Le failli est vendeur.*

Nous ne trouvons pas en ce qui touche la faillite du vendeur de textes particuliers. Notre hypothèse est donc absolument régie par les dispositions générales dont nous avons parlé. Il n'y aurait rien à y ajouter, si la vente était un contrat simplement productif d'obligations. Mais dans notre droit il est, d'ordinaire, en même temps que productif d'obligations, translatif de propriété.

Dès l'instant du contrat l'acheteur est propriétaire de la chose vendue, quand bien même la convention n'est pas matériellement exécutée, quand bien même l'objet de la vente est encore entre les mains du vendeur. Quand après un tel contrat le vendeur tombe en faillite, son acheteur peut faire valoir un droit autrement fort que ceux dont j'ai parlé jusqu'à présent. Il est propriétaire; et ce titre le met véritable-

ment en dehors de la faillite. Il n'a qu'à exercer son droit de revendication pour reprendre sa chose sur laquelle les créanciers du failli n'ont aucun droit, et par conséquent les règles que nous étudions relatives aux créanciers synallagmatiques sont sans intérêt pour lui; mais toutes les ventes ne transfèrent pas la propriété *ipso contractu* à l'acheteur. Il y aura donc des acheteurs ayant des droits tout différents lors de la faillite du vendeur. Les uns ont la revendication, les autres ont les droits dont j'ai parlé dans le précédent chapitre. Pour savoir dans laquelle des deux catégories il faut ranger un acheteur, il faut se demander si la vente a été à son égard translatrice de propriété et nous allons voir que la question n'est pas toujours facile à résoudre.

L'art. 1583, qui ne fait que consacrer une application du principe de l'art. 1138, nous déclare « que la propriété est acquise à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix »; mais la portée de cette disposition est limitée par la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 3 est ainsi conçu : « Les aliénations non transcrites ne sont pas opposables aux tiers ayant des droits réels sur l'immeuble aliéné. » La loi de 1855 établit donc une différence importante entre la vente des immeubles et celle des meubles. Nous allons examiner successivement les deux hypothèses d'aliénation immobilière et mobilière.

Vente d'immeubles. — 1° La vente consentie par le failli avait pour objet un immeuble. Cet immeu-

ble a été bien nettement déterminé au moment du contrat et par conséquent il y a lieu d'appliquer l'article 1583.

En vertu de cet article l'acheteur, au moment de la faillite, se dira propriétaire de l'immeuble. Si la vente a été transcrite, pas de difficultés. Son droit est indiscutable et les syndics devront s'incliner devant ses prétentions.

Mais, si la transcription n'a pas été opérée, un doute va s'élever. Quand l'acheteur viendra alléguer son droit de propriété, pour revendiquer l'immeuble vendu contre la masse des créanciers, ne vont-ils pas être en droit de lui répondre « que la translation de propriété qu'il invoque ne s'est opérée qu'entre le failli et son acheteur, qu'elle n'est pas opposable à l'égard des tiers ayant des droits réels sur l'immeuble, puisqu'il n'y a pas eu transcription, et qu'ils sont de ces tiers ? »

Voyons comment il conviendrait de juger cette prétention. Et d'abord la masse est-elle un tiers par rapport au failli ? N'est-elle pas au contraire pour lui, une sorte de successeur *in universum jus* assimilable à un héritier ?

Ensuite, en admettant que les créanciers réunis en masse restent des tiers, au sens de la loi de 1855, ont-ils des droits réels sur l'immeuble ?

Les deux questions sont fort discutables, et ont divisé d'excellents jurisconsultes.

La masse est-elle un tiers pour le failli ? Je crois

qu'il est impossible de donner à cette question une réponse générale. Il est bien certain que les créanciers du failli, ne sont pas le failli lui-même. Il est bien certain que la personnalité des uns et la personnalité de l'autre ne sont pas confondues. Mais réunis en masse par la faillite, les créanciers ont à exercer des droits de natures différentes. Ils sont d'abord par le dessaisissement substitués au failli, et ils exercent ceux de ses droits que le dessaisissement l'empêche d'exercer lui-même, ils sont alors de véritables successeurs *in universum jus* du failli. Ils le remplacent et ne peuvent pas invoquer des droits que lui-même n'aurait pas pu invoquer.

Leur situation est absolument assimilable au point de vue de cette confusion des personnalités, à celle d'un héritier qui continue la personne de son auteur, qui a les droits seulement qu'aurait eus cet auteur, et qui à ce point de vue spécial de la transcription qui nous occupe, ne pourrait certes pas invoquer le défaut de transcription dont le *de cujus* n'aurait pas pu se prévaloir. Mais à côté de ces droits que la masse exerce comme représentant le failli, il en est qui sont des droits propres aux créanciers, de même que l'héritier continuant la personne de son auteur a des droits qui lui sont personnels, celui par exemple d'intenter une action en réduction, si un legs ou une donation a excédé la quotité disponible. Notamment l'art. 490, C. com., décide que les syndics auront à prendre une inscription d'hypo-

thèque au nom de la masse, sur tous les immeubles du failli. Il est bien évident que ce n'est pas comme représentants du failli que les syndics prennent une hypothèque sur ses biens. Ils font là acte de tiers. Or cet acte précisément ils l'accomplissent pour acquérir un droit réel que leur accorde la loi. Ils vont donc être de ces tiers qui, en vertu de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, peuvent opposer le défaut de transcription à l'acheteur.

Nous dirons donc : à partir de l'inscription de l'art. 490 les syndics peuvent opposer aux acheteurs d'un immeuble du failli le défaut de transcription. La transcription que ces acheteurs pourraient faire dans la suite serait tardive. Elle ne saurait préjudicier au droit d'hypothèque de la masse publié par l'inscription, et par conséquent lorsque l'acheteur d'un immeuble du failli voudrait après cette inscription revendiquer cet immeuble, la masse aurait le droit de faire valoir son hypothèque et de forcer l'acheteur à la purger.

Cette solution est défendue dans des ouvrages très récents. Je rappellerai notamment qu'elle est soutenue par MM. Lyon-Caen et Renault (1). Elle a été très nettement consacrée par un arrêt de cassation du 5 août 1869 (2).

Cependant il faut indiquer que notre doctrine n'est

(1) *Droit commercial*, t. II, n° 2718.

(2) Dalloz, 1870, p. 1. p. 161.

pas admise par tous les auteurs. Elle est critiquée dans deux de ses assertions. Certains auteurs d'abord, tout en admettant bien que le défaut de transcription peut être invoqué par la masse quand cette transcription n'a pas été antérieure à l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, donnent à ce défaut de transcription des effets bien plus importants que ceux que nous avons signalés. Pour eux, quand la transcription n'aurait pas été faite en temps voulu, la masse pourrait purement et simplement repousser la revendication de l'acquéreur, ou même revendiquer entre ses mains si la livraison avait déjà été opérée par le failli, et ces auteurs ne font pas mention de la faculté de purger que nous avons réservée à l'acquéreur. Tel est le sens des explications données par MM. Aubry et Rau (1). Il me semble qu'une semblable doctrine est inconciliable avec l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855.

Deux droits réels sont en concours sur le même immeuble : *a.* Le droit de l'acquéreur qui est un droit de propriété résultant de la vente ; *b.* le droit d'hypothèque des créanciers réunis en masse.

Le second est rendu public par l'inscription. Le premier aurait dû l'être par la transcription. Il ne l'a pas été. Dès lors l'acquéreur doit respecter le droit d'hypothèque. Mais en dehors de cette obligation son droit d'acquéreur subsiste absolument. — Or les

(1) Aubry et Rau, § 209 note 93.

créanciers hypothécaires n'ont plus droit à rien quand leur hypothèque a été purgée.

On a dit aussi, contrairement à notre solution, que la masse est un tiers ayant des droits réels sur les immeubles du failli, non seulement à partir de l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, mais même à partir du dessaisissement.

On a prétendu que ce dessaisissement confère à la masse un droit réel qui fait de la transcription postérieure à la faillite une transcription tardive et inutile. Malgré l'autorité d'un des principaux défenseurs de cette opinion (1), elle me semble inacceptable, et je ne crois pas que l'on puisse admettre cette idée d'un droit réel, dont la loi ne fait pas mention, et dont il serait bien difficile de déterminer la nature et les effets.

Quels seraient, avec une semblable doctrine, les droits exacts de la masse contre la revendication de l'acquéreur? Ils seraient bien difficiles à préciser; mais nous n'avons pas à le faire avec le système que nous adoptons et qui se résume en ces trois propositions : 1^o Le défaut de transcription peut être opposé par la masse; 2^o mais cette faculté ne lui appartient que si la transcription est postérieure non seulement à la faillite, mais encore à l'inscription de l'hypothèque exigée par l'art. 490; 3^o le défaut de transcription force l'acquéreur à purger, mais ne donne

(1) Bravard, (V. note p. 296 à 298).

pas le droit à la masse de repousser définitivement sa revendication.

Vente mobilière. — Nous n'allons plus avoir à nous occuper de la loi du 23 mars 1853, qui ne se réfère qu'aux immeubles et nous nous reporterons exclusivement au Code civil et au Code de commerce. — Nous y trouverons encore la source de difficultés assez sérieuses.

En matière mobilière, comme en matière immobilière, c'est à l'art. 1583 qu'il faut nous référer. Il faut donc déclarer que lorsque la vente aura porté sur un corps certain, elle aura, *solo consensu*, transféré la propriété à l'acheteur. Cette donnée si simple et si conforme aux principes généraux n'a cependant pas été admise par tous les auteurs et MM. Delamarre et Lepoittevin ont, dans leur Traité de la commission, proposé une distinction qui limiterait l'application de l'art. 1583, à ce point que, dans les cas de faillite, cette application ne serait plus que très exceptionnelle.

Il ne faut pas, disent ces deux auteurs, confondre les ventes commerciales avec les ventes civiles. L'art. 1583 est un principe de droit civil, il ne peut s'appliquer dans le domaine commercial que si l'usage n'est pas contraire, et l'usage immémorial, c'est que dans le commerce la tradition seule transfère la propriété. Cette théorie a pour point de départ une tendance générale de la doctrine de MM. Delamarre et Lepoittevin, qui veulent restreindre autant que pos-

sible l'application des textes du Code civil en matière de commerce. Mais le désir de donner l'autonomie à la législation commerciale a entraîné un peu loin ces jurisconsultes, et la distinction qu'ils proposent en matière de vente, a été universellement repoussée. C'est que leur théorie repose sur une confusion entre le fait et le droit. La plupart des ventes commerciales ne portent pas sur un corps certain. Ce sont des ventes *in genere*, et dès lors la propriété, comme nous allons le voir bientôt, n'est pas transférée *solo consensu*. MM. Delamarre et Lepoittevin partent de cette observation très exacte pour nous dire en substance que le droit commun en matière commerciale c'est la translation de propriété par la tradition seule, que telle était l'idée des auteurs du discours préparatoire au Code de commerce, lorsqu'ils disaient : « En fait de commerce les achats et ventes ont pour objet des valeurs mobilières dont la propriété s'acquiert par la tradition. »

La vérité c'est que l'art. 1583 est un principe général, un principe de droit commun. Il doit s'appliquer en toutes matières. Il est vrai qu'il ne reçoit pas son application, dans le cas où la vente ne porte pas sur un corps certain. Il est vrai aussi que la plupart des ventes commerciales sont des ventes *in genere*; mais en quoi cette observation de fait change-t-elle le droit ?

On invoque ce discours préparatoire au Code de commerce ? Mais ses auteurs ne font eux aussi qu'une

constatation de fait. Leur intention n'apparaît pas de faire à l'art. 1583 l'exception légale que proposent MM. Delamarre et Lepoittevin. Il est vrai qu'en expliquant d'une façon particulière certains articles du Code commercial, notamment les art. 100, 500 et 576, on peut les considérer comme des déductions du principe que nous combattons, qui n'aurait été posé nulle part, et n'apparaîtrait que dans ses conséquences. Nous aurons occasion de parler longuement de l'un tout au moins de ces articles, l'art. 576, et nous verrons bien vite qu'il établit une règle spéciale, motivée par des considérations pratiques, et qu'il ne faut pas en faire un article de principe, pour battre en brèche des dispositions dont le caractère général n'est pas discutable, comme celle de l'article 1583. — Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à examiner plus longtemps une théorie universellement condamnée, et qui ne vaut guère que par le nom de ses défenseurs.

L'art. 1583 est donc bien applicable aux ventes commerciales comme aux ventes civiles; mais il ne règle la question de translation de propriété qu'entre les parties au contrat de vente, et, nous l'avons vu à propos des immeubles, le débat qui nous occupe n'est pas engagé entre ces parties. — Il met en cause d'une part l'acheteur, et de l'autre la masse, c'est-à-dire un tiers.

Est-ce que ce tiers s'appuyant sur une interprétation particulière de l'art. 1141, Code civ., ne pourra

pas venir dire : « De même qu'à l'égard des tiers, la propriété des immeubles n'est transférée que par la transcription, celle des meubles, d'après l'art. 1141, n'est transférée que par la mise en possession de l'acheteur. Or dans notre hypothèse, cet acheteur n'a pas reçu livraison, et par conséquent ne peut pas invoquer son droit de propriété contre la masse, qui est un tiers. » Cette opinion a été plusieurs fois défendue devant la Cour de cassation. Mais elle a été condamnée par un grand nombre d'arrêts. La plupart s'appuient sur le caractère de l'art. 1141 dérogatoire, disent-ils, au droit commun, et qu'il ne faut pas étendre, par conséquent, en dehors de la seule hypothèse qu'il prévoit, celle de deux aliénations successives. Le motif est peut-être plus attaquant que la solution qu'il vient défendre ; mais on peut dire aussi en faveur du système de la Cour de cassation que l'art. 1141 ne pose en aucune façon le principe de la translation à l'égard des tiers par la mise en possession de l'acheteur. — L'article 1141 n'est qu'une application de l'art. 2279. — Si le premier acheteur ne peut pas revendiquer contre le second, qui a reçu livraison, c'est parce que « en fait de meubles, possession vaut titre » et parce qu'en conséquence la revendication du premier acheteur se heurterait au droit que donne au possesseur de bonne foi, l'art. 2279.

Mais cet article les créanciers ne peuvent pas l'invoquer ! Ils ne le peuvent pas de leur chef, n'étant

possesseurs, ils ne le peuvent pas non plus du chef de leur débiteur, puisque ce débiteur savait fort bien qu'il n'était plus propriétaire

Je dois ajouter que nous ne trouvons pas sur la question la même certitude en doctrine qu'en jurisprudence. Plusieurs auteurs, notamment Toullier et Troplong soutiennent l'opinion contraire à celle que nous venons d'exposer. Cependant l'accord tend à se faire sur l'interprétation de l'art. 1141 dans le sens que nous avons indiqué ; et la conséquence pour la solution de notre question est nécessairement le rejet des prétentions de la masse, et la reconnaissance du droit de propriété de l'acheteur à l'égard des créanciers.

Jusqu'ici, en nous occupant des immeubles comme quand nous avons parlé des meubles, nous n'avons envisagé que le cas où la vente a porté sur un objet bien nettement déterminé, où par conséquent l'application de l'art. 1583 peut se concevoir. Mais souvent il n'en sera pas ainsi. La vente aura pour objet non plus une chose individualisée comme un cheval ou une maison ; mais bien des marchandises non déterminées, par exemple 100 hectolitres de blé ou 100 kilogrammes de charbon à prendre dans tel ou tel magasin.

Cette hypothèse mérite une attention particulière, parce qu'elle est de nature à se réaliser fort souvent en matière commerciale ; ce qui est, nous l'avons vu, le point de départ d'une théorie que nous avons

eu à indiquer sur la translation de propriété, quand la vente est commerciale.

Il est bien évident que lorsque la vente porte ainsi sur des marchandises non déterminées, l'application de l'art. 1583 devient impossible : elle serait contraire à la nature même du droit de propriété. En effet, il ne faut pas séparer ce droit de sa mise en exercice, de la revendication, d'autant plus que, dans notre étude, c'est uniquement au point de vue de cette revendication que nous recherchons à qui appartient la propriété. On ne peut admettre dès lors, qu'une personne puisse se dire propriétaire d'une chose, sans pouvoir affirmer matériellement son droit de propriété en disant : « Voici mon bien, et je le revendique. » Et cette revendication matérielle, qui est nécessaire pour que l'acheteur puisse utilement se dire propriétaire, il ne peut pas l'exercer. Quand il arrivera dans les magasins de son vendeur, et s'y trouvera en présence de centaines d'hectolitres de blé, il ne pourra pas dire : « Voici les quelques hectolitres qu'il m'appartiennent, et je les revendique. » C'est que son droit ne porte pas plus sur les hectolitres qu'il lui plairait de désigner que sur le reste du magasin.

Si donc nous nous en tenions à l'art. 1583 nous aurions une doctrine assez simple, et nous dirions : Il y a translation de propriété, conformément au texte, quand on est convenu de la chose, quand l'acheteur peut la désigner assez nettement pour

que l'exercice de son droit de revendication soit matériellement possible.

Malheureusement le législateur a trouvé que le principe de l'art. 1583 était un peu trop général. Il a redouté les controverses. Il trouvait dans Pothier l'exemple de moins de concision. Il l'a si bien suivi qu'en rédigeant les art. 1585 et 1586, il a créé des discussions qui divisent encore la doctrine, et laissent la jurisprudence hésitante.

Pour ma part, je ne peux pas m'arrêter à une étude détaillée des art. 1585 et 1586, et je me bornerai à proposer la solution très simple, qui me semble la plus conforme à la raison et aux principes. Je ne crois pas que les rédacteurs du Code aient voulu faire des art. 1585 et 1586 des articles dérogatoires à l'art. 1583. Dans le premier, ils avaient posé le principe. Dans les autres, ils le développent et ils nous disent deux choses bien distinctes :

1° La vente de marchandises en bloc est parfaite en ce sens que les risques passent à l'acheteur;

2° La vente de marchandises au compte, au poids et à la mesure n'est pas parfaite en ce sens que les risques restent au vendeur.

Qu'est-ce à dire? Tout simplement, que lorsque les marchandises sont vendues en bloc, l'art. 1583 est applicable, parce que le droit de l'acheteur porte sur une chose bien déterminée. Le bloc de marchandises vendu.

Il est vrai que l'art. 1585 ne nous parle que de la question des risques. C'est parce que le déplacement des risques est la conséquence la plus importante du transfert de la propriété.

Pourquoi n'avoir pas répété dans l'art. 1585 les termes beaucoup plus nets de l'art. 1583, et n'avoir pas dit : « La propriété n'est pas acquise à l'acheteur? » La rédaction eut été plus claire, en ce sens qu'elle n'aurait pas laissé de doutes relativement à la translation de propriété; mais elle aurait pu avoir d'autres inconvénients, qui, comme nous le verrons, ont empêché le législateur de l'adopter.

Voilà pour la vente en bloc. Quid de la vente au poids et à la mesure? La solution de la loi est ici toute différente. Plus de translation de propriété; et toujours en vertu du même principe, parce que la chose n'est pas déterminée.

Nous n'avons plus qu'à nous demander : Quand y a-t-il vente en bloc? Quand y a-t-il vente au poids et à la mesure? Et nos précédentes explications vont immédiatement nous donner la solution : il y a vente en bloc quand la revendication est possible, quand la vente porte sur un tas nettement déterminé, et peu importe que dans l'acte de vente, il ait été dit que ce tas était vendu à tant la mesure. C'est là une clause relative au prix, elle ne diminue en rien la détermination de la chose.

Peu importe également que la contenance ait été

indiquée dans l'acte. Il n'y a là que l'énonciation d'une qualité de l'objet vendu. Cet objet est déterminé en dehors de cette énonciation qui n'aura d'autres effets que d'obliger le vendeur à fournir la quantité promise ou à consentir une diminution proportionnelle du prix.

Il faut du reste reconnaître que le principe que je viens d'exposer, et les conséquences qui en découlent sont loin d'être universellement admises.

En face de la théorie exposée — et qui peut se résumer en deux mots : les art. 1585 et 1586 ne sont que le corollaire de l'art. 1583 — se dresse une théorie adverse, qui invoque comme principal argument la tradition romaine et l'autorité de Pothier. D'après le savant commentateur de la Coutume d'Orléans, il y aurait vente au poids et à la mesure toutes les fois que l'objet vendu l'aurait été à tant l'unité de poids ou de mesure. Il n'y aurait pas, par exemple, vente en bloc quand un négociant aurait vendu tout le blé se trouvant dans ses magasins à 15 fr. l'hectolitre.

Cette opinion de Pothier est considérée par certains auteurs, comme étant encore aujourd'hui la solution en vigueur et M. Troplong s'est fait le défenseur de cette doctrine. D'après lui, Pothier serait, en ces matières, le meilleur commentateur du Code civil. Il faut donc suivre son opinion, lorsque le texte n'établit pas d'une façon évidente que les rédacteurs du Code ont voulu s'en écarter.

Il est facile de répondre que loin de suivre la tradition de l'ancien droit et du droit romain, les rédacteurs du Code l'ont complètement abandonnée sur la question de translation de propriété dans la vente.

Autrefois on n'admettait le changement de domaine que par la tradition. Aujourd'hui c'est la vente même, qui, en général, transfère la propriété. Pothier en donnant son opinion sur la vente au poids et à la mesure était donc dans le droit commun de son temps. Le Code civil, au contraire, vise dans l'article 1586 un cas, qui est maintenant exceptionnel. Il est donc impossible de dire qu'entre ses rédacteurs et Pothier, il y a conformités de vues, puisque les principes directeurs, guidant les uns et les autres, sont complètement différents. Du reste, on peut invoquer, pour combattre l'opinion de Troplong, des arguments bien plus précis que cette observation générale : M. Treilhard, dans les discussions au Conseil d'État souleva la question, et la trancha d'une façon fort nette : « L'article, tel qu'il est rédigé, dit-il, n'est peut-être pas parfaitement exact, car si on achète tout ce qui se trouve dans un magasin à raison de tant la mesure, il ne reste d'incertitude que sur la quotité : la *chose*, et le prix sont déterminés. » C'est le résumé de la doctrine que j'ai proposée; et le procès-verbal des discussions au Conseil d'État ne porte mention d'aucune protestation contre l'opinion de Treilhard. Nous sommes donc

bien en droit de la considérer comme admise par le législateur.

Cette opinion a été consacrée par des arrêts récents. Il est vrai qu'ils émanent de Cours d'appel, mais ils n'ont pas été attaqués (1).

En résumé, nous voyons que l'interprétation que nous avons proposée des art. 1585 et 1586 est bien celle de la jurisprudence.

Cette interprétation part d'un principe très simple; elle est confirmée par le texte de la loi. Il est vrai qu'elle n'est pas en tous points conforme à la tradition romaine et à l'autorité de Pothier, mais nous avons vu que l'argument de tradition n'a en la matière qu'une importance secondaire. Nous avons ainsi déterminé les cas où la vente est translatrice de propriété; où l'acheteur a par conséquent le droit d'exercer la revendication, et ceux où au contraire le vendeur étant resté propriétaire, l'acheteur n'est que son créancier. Ses droits sont alors exactement ceux que nous avons déterminés dans le premier chapitre, et nous n'avons qu'à noter l'application sans exception de la théorie générale à cette première hypothèse de contrat synallagmatique.

(1) Je citerai notamment un arrêt rendu par la Cour de Dijon 13 déc. 1867. — Il s'agissait de la récolte d'un vignoble vendue toute entière à tant l'hectolitre. La Cour conformément à notre doctrine décida qu'il y avait vente en bloc et non pas vente au poids et à la mesure. (S. 1868. 2. 311).

B. — *Le failli est acheteur.*

Nous allons examiner maintenant les droits du créancier du failli qui, dans le contrat de vente, a joué le rôle d'acheteur.

Nous subdiviserons cette section en deux alinéas et nous examinerons :

- a. Les droits du vendeur d'immeubles;
- b. Les droits du vendeur de meubles.

a. *Un failli est acquéreur d'un immeuble.*

Nous avons dit que dans beaucoup de cas, la loi a jugé insuffisantes les garanties que le droit commun accorde aux créanciers synallagmatiques et qu'elle a grâce aux privilèges renforcé ces garanties.

Il en est ainsi notamment en faveur du vendeur d'immeubles et l'art. 2103 déclare qu'il est privilégié sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix. Mais cette faveur spéciale ne diminue en rien les droits qu'il tient des règles générales de la loi. Il a l'action en résolution à côté du privilège, et cette action lui est particulièrement reconnue par un texte spécial, l'art. 1654, qui n'est qu'une application de l'art. 1184 dont nous avons déjà parlé.

En somme le créancier vendeur d'immeubles a contre le failli : 1° les garanties de droit commun;

2° le privilège, et toutes les fois qu'il n'use pas de ce privilège, sa situation est exactement celle que nous avons examinée dans le 1^{er} chapitre.

Je dis toutes les fois qu'il n'use pas du privilège, et d'abord il peut avoir intérêt à ne pas l'invoquer. L'action en résolution qui le fait rentrer dans la propriété de la chose vendue, peut lui être plus avantageuse que le privilège qui n'aboutit qu'à une vente aux enchères. En outre il peut se faire que le vendeur d'immeubles ait perdu ce privilège. Ce privilège doit en effet se conserver par une transcription. Le vendeur pourrait-il encore la faire après la déclaration de faillite?

Je crois pour ma part qu'une pareille transcription serait impossible, qu'elle tomberait sous le coup de l'art. 448, C. com. Ce texte, en effet, interdit aux créanciers d'inscrire des hypothèques après le jugement déclaratif de faillite. Il est vrai que dans notre espèce, il s'agit non pas d'inscription, mais de transcription.

Certains auteurs sont partis de cette distinction pour soutenir que l'art. 448 est inapplicable au privilège du vendeur; mais je crois que leur argument n'a pas grande portée, et qu'il suffit pour le réfuter de se reporter au texte de l'art. 2108 qui nous dit : « La transcription vaut inscription. » En présence d'une semblable assimilation la différence qu'on veut faire pour écarter l'application de l'art. 448 semble bien peu acceptable,

d'autant plus que la transcription du privilège après la faillite, présente les mêmes dangers que l'inscription d'une hypothèque, que par conséquent les motifs de l'art. 448. s'appliquent exactement.

Les auteurs qui sont partisans du maintien du privilège malgré le défaut de transcription, ne s'en sont pas tenus du reste à l'argument que je viens d'indiquer. Ils en ont fait valoir un autre qui s'appuie sur l'art. 3 de la loi de 1855. Cet article, disent-ils — et c'est là le point très contestable de leur théorie — change complètement les règles du transfert de propriété dans la vente qu'avait admises le Code civil. Avant sa promulgation l'art. 1583 recevait une application sans exception. La vente d'un corps certain était *ipso jure* translatif de propriété. Mais depuis 1855, ce transfert par le contrat ne s'opère plus qu'entre les parties. — En ce qui concerne les tiers la propriété n'est transférée qu'à partir de la transcription. Si donc nous supposons une vente dont la transcription n'a pas été opérée au moment de la faillite, le vendeur est encore propriétaire à l'égard de tous les tiers. Il l'est par conséquent à l'égard de la masse, et il n'a pas besoin de privilège puisque son droit de propriété lui permet de reprendre la chose même. — Du reste il est en droit de ne pas exercer la revendication et de faire la transcription. Cette transcription est translatif de propriété à l'égard des tiers; mais on ne peut pas scinder ses effets

légaux, reconnaître ceux qui dépouillent le vendeur, repousser ceux qui lui accordent garantie. Il faut donc admettre que la transcription opérée après la faillite aura cette double conséquence : 1° Qu'elle fera perdre au vendeur la revendication contre la masse ; 2° qu'elle lui accordera un privilège contre cette même masse.

Je crois pour ma part que cette théorie repose sur des principes confus. D'abord il n'est dit nulle part qu'à l'égard des tiers, d'après la loi de 1855, la propriété n'est transférée que par la transcription. L'art. 3 de cette loi laisse au contraire subsister l'art. 1583 dans toute sa généralité. Il accorde certains droits aux ayant-cause du vendeur, pour les protéger contre des fraudes trop faciles. Il ne change rien au principe de translation de propriété.

Ensuite admettons même le principe exagéré qu'on veut tirer de la loi de 1855. Que prouve-t-il ? que le vendeur peut reprendre la chose elle-même, grâce à la revendication ! — et nous allons voir tout à l'heure, en parlant de l'action en résolution, que c'est à peu près le résultat auquel nous arrivons.

Mais autre chose est reprendre la chose elle-même, autre chose exercer le privilège.

Il est vrai qu'on nous dit — quand la transcription se produit après la faillite on ne peut pas en scinder les effets — admettre qu'elle sera translatrice de pro-

priété et ne conférera pas le privilège au vendeur — mais c'est une affirmation. — La transcription est une opération qui a deux effets tout différents : 1^o Elle transfère la propriété à l'égard des tiers (pour employer l'expression douteuse de nos adversaires); 2^o elle confère le privilège.

L'art. 2448 nous dit : Elle ne confère pas le privilège si elle a lieu après la faillite. Elle reste donc simplement translatrice à l'égard des tiers. Je ne vois pas pour ma part ce qu'un pareil résultat a d'impossible.

Nous dirons donc en résumé : Le vendeur d'immeubles a le privilège que lui confère l'art. 2103, à condition que la transcription soit opérée avant la faillite, sinon son privilège est perdu. Cette solution est du reste celle qu'admet aujourd'hui la jurisprudence, celle qui est reconnue aussi par la plupart des auteurs (1).

Quelle va être la situation du vendeur ayant ainsi perdu le privilège? Nous répondons : Dès l'instant qu'il a perdu la garantie spéciale que lui accorde la loi, il redevient un créancier synallagmatique ordinaire. Il a les droits que nous avons étudiés d'une façon générale. Il a l'action en résolution, et cette action lui est particulièrement avantageuse, puis-

(1) Cass. S. 1860. 1. 601; Riom, 1 juin 1859, S. 1859. 2. 397; Alger, 19 mai 1865, S. 65. 2. 187. — S. 1869. 2. 594. — Bordeaux, 15 février 1875, D. 1877. 2. 191.

qu'elle lui permet de reprendre sa chose, en le faisant redevenir propriétaire, et en lui donnant la faculté de revendiquer.

Du reste cette solution si simple est loin d'être universellement admise. Beaucoup d'auteurs ont dit avec quelques arrêts : Si le privilège est perdu par le défaut de transcription, l'action en résolution ne peut plus être exercée, car d'après l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, cette action ne survit pas au privilège.

Je ferai remarquer d'abord que cette opinion aboutit en pratique à des résultats déplorables. Toutes les fois qu'une vente d'immeubles n'aura pas été transcrite au moment de la faillite, le vendeur sera sans garantie, soumis à la loi du tant 0/0 comme un simple chirographaire. — Cependant le défaut de transcription ne provient peut-être pas d'une faute de sa part. La faillite peut avoir éclaté très peu de jours après la vente. Le vendeur peut n'avoir pas eu le temps matériel nécessaire pour transcrire et alors voilà un créancier dont la loi a voulu, dans un intérêt social, protéger spécialement la créance, un créancier qui n'a commis aucune faute et on va lui enlever non seulement les garanties particulières que lui donne la loi, c'est-à-dire le privilège; mais encore le bénéfice du droit commun, c'est-à-dire l'action en résolution. C'est là un résultat à coup sûr bien difficile à défendre en bonne justice.

Est-il au moins conforme à l'esprit général de la loi de 1855 ? Je ne le crois pas non plus ; l'idée dominante de cette loi, en effet, était la protection des sous-acquéreurs, des tiers ayant traité avec le vendeur, de ses ayant-cause à titre particulier, et on nous propose de l'appliquer non plus en faveur d'ayant-cause à titre particulier, mais en faveur d'un véritable successeur universel du failli, en faveur de la masse ! Il suffit de connaître l'économie générale de la loi de 1855, pour comprendre immédiatement que ses rédacteurs ne songeaient guère aux intérêts de la masse.

Nous avons cependant à lutter contre un argument redoutable : c'est celui qui est tiré du texte même de la loi. « L'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction complète du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.

Or, nous avons déjà eu occasion de le dire, la masse est un tiers. A partir du jour de l'inscription de l'art. 490, elle a un droit réel sur les immeubles du failli. Il semble donc assez difficile de rejeter ses prétentions quand elle invoque l'art. 7 pour repousser l'action résolutoire. Lorsque la question a été soumise à la Cour suprême, elle s'est préoccupée de mettre d'accord l'équité et l'esprit général de la loi de 1855 avec le texte et elle a fait remarquer

que ce texte nous dit : L'action résolutoire ne peut être exercée après extinction du privilège, c'est-à-dire après que le privilège n'existe plus, après qu'il n'est plus invocable contre personne. Or le défaut de transcription au moment de la faillite n'éteint pas le privilège d'une façon absolue. Il ne peut plus être invoqué par le vendeur contre la masse, mais il peut l'être encore contre toutes autres personnes. On n'est donc pas absolument dans l'espèce que prévoit l'art. 7 du 13 mars 1855, et il est possible de ne pas l'appliquer.

Je pense que cette réfutation de l'argument de texte de nos adversaires, qui ne serait peut-être pas décisive en toutes circonstances, est très suffisante quand elle vient s'ajouter aux considérations d'équité et de principe que j'ai fait valoir. Il me faut dire cependant qu'après 1855 la jurisprudence a été longtemps hésitante sur cette grosse question, et on peut relever des arrêts rendus dans tous les sens.

La Cour de cassation s'est en 1860 prononcée pour la solution que je défends (1).

Nous dirons donc en résumé pour en terminer avec les droits du vendeur d'immeubles, qu'il a quelquefois plus que les garanties de droit commun, et qu'il n'a jamais moins.

Il a plus, quand il a transcrit avant la faillite,

(1) S. 1860. 1. 602.

quand par conséquent il a le privilège ; il n'a que les droits de tous les créanciers synallagmatiques quand il a perdu le privilège en ne transcrivant pas. Il est alors exactement dans la situation où notre théorie générale place tous les créanciers synallagmatiques et nous voyons qu'ici encore cette théorie s'applique exactement avec la seule modification qui résulte du privilège.

b. Ventes de meubles.

Si nous nous plaçons pour un instant en dehors de l'hypothèse de la faillite, et si nous nous demandons quelles sont les garanties que la loi accorde au vendeur d'objets mobiliers non payé, nous voyons que ces garanties sont fort nombreuses. L'art. 1612 donne d'abord à ce vendeur le droit de rétention.

L'art. 1654, dont nous avons déjà parlé, rappelle en sa faveur l'art. 1184, lui accorde la faculté de demander la résolution avec dommages-intérêts.

Enfin l'art. 2102 le range parmi les créanciers privilégiés, et lui accorde en outre un droit spécial que la loi appelle une revendication. Je n'ai pas dans cette étude à m'arrêter aux difficultés d'interprétation qu'a soulevées cette partie de l'art. 2102. Je dirai seulement que dans l'opinion aujourd'hui triomphante, le droit en question ne serait que la faculté pour le vendeur de reprendre la chose, afin de pouvoir exercer son droit de rétention, cette chose une fois rentrée en sa possession. La reven-

dication de l'art. 2102 ne serait donc pas une revendication au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire la demande de mise en possession d'un propriétaire. Elle serait seulement la demande de remise en possession d'un créancier cherchant à exercer la rétention.

On pourrait être tenté de croire que le vendeur si bien protégé par le Code civil va avoir, en cas de faillite de son acheteur, bien mieux que les garanties ordinaires d'un créancier synallagmatique. Or, non seulement il n'en est rien, mais nous allons voir que le vendeur n'a même pas contre la faillite de l'acheteur les sûretés de droit commun.

C'est que l'art. 550., C. co., remanié par la loi de 1838 décide que le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'art. 2102 du Code civil au profit du vendeur d'objets mobiliers, ne seront point admis au cas de faillite.

En rédigeant cette disposition le législateur de 1830 s'est inspiré de motifs d'ordre très pratique. L'exercice du privilège avait au point de vue de la sécurité du commerce des inconvénients sérieux. Quand des marchandises se trouvent dans les magasins d'un commerçant les créanciers sont tout naturellement portés à les considérer comme un gage répondant de leurs créances. — Bien souvent ils ne traiteraient pas sans l'existence de ces marchandises, et sans la certitude qu'elles ne leur seront pas enlevées en cas de faillite; or, c'est précisé-

ment cette certitude qui leur manquait quand le vendeur avait son privilège. Les créanciers n'étaient jamais sûrs d'aucun gage. Ils pouvaient toujours redouter qu'un vendeur vint par ses prélèvements les réduire à un tant 0/0 dérisoire — et la conséquence forcée de cette crainte était une plus grande difficulté dans les transactions commerciales.

Ainsi en cas de faillite le texte de l'art. 550, C. co., enlève formellement au vendeur d'objets mobiliers deux des garanties importantes que lui accorde le Code civil — le privilège et la revendication. Mais il ne faut pas s'en tenir aux termes de cet article et il a des conséquences bien autrement graves pour le vendeur que celles qui résultent immédiatement de son texte. On admet en effet que la perte du privilège entraîne pour lui celle de l'action en résolution, et que par conséquent, dépouillé des droits qu'ont généralement les créanciers synallagmatiques, le vendeur n'est plus qu'un chirographaire ordinaire.

En parlant du vendeur d'immeubles nous avons dit que le défaut de la transcription et la perte du privilège, qui en est la suite, ne l'empêchaient pas de conserver son action en résolution, et nous avons combattu l'argument trop rigoureux qu'on aurait pu tirer des textes, en montrant que les principes généraux de la loi exigeaient le maintien de cette action en résolution.

Pour le vendeur de meubles, la situation est toute

contraire. — Il n'y a pas de texte disant expressément qu'il n'aura pas l'action en résolution et cependant on n'hésite guère à la lui refuser, c'est que décider autrement ce serait ôter toute portée à l'innovation de 1838, supprimant le privilège. Ce que l'on a voulu c'est alors protéger la masse chirographaire contre les prélèvements du vendeur. Mais l'action en résolution permet ces prélèvements aussi bien que l'exercice du privilège. — Admettre cette action c'est donc faire du nouvel art. 550 un texte sans utilité. — Aussi la jurisprudence complétant la pensée du législateur a-t-elle expressément déclaré que le vendeur de meubles n'avait pas plus le droit de demander la résolution que celui d'invoquer le privilège (1). Elle a toujours été très ferme dans l'application de ce principe, puisqu'elle a même décidé que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut pas invoquer la résiliation du bail cédé par lui en même

(1) On peut donner une autre explication pour enlever au vendeur l'action en résolution dans l'hypothèse prévue par l'art. 550 (loi de 1838).

Ce texte nous dit en effet que le vendeur perdra le privilège et l'action en revendication de l'art. 2102. — Aujourd'hui nous donnons au mot revendication employé dans l'art. 2102 un sens très précis, que nous avons déjà signalé. Mais il faut noter que le même mot a été pris par le législateur lui-même dans des acceptions différentes. C'est ainsi que dans l'art. 576, C. co., nous le verrons employé pour exprimer l'idée de résolution. Il est très possible qu'il en soit de même dans l'art. 550 (loi de 1838) et alors c'est du texte même de la loi que découlerait la perte de l'action en résolution pour le vendeur et les considérations de motifs que nous avons cependant indiquées deviendraient inutiles.

temps que le fonds, parce que l'exploitation serait ainsi rendue impossible, et que la demande en résiliation du bail équivaldrait par conséquent à un véritable demande en résolution de la vente (1).

Nous voyons en résumé : que l'art. 550 enlève au vendeur d'effets mobiliers non seulement les garanties spéciales que la loi accorde lorsqu'il n'y a pas de faillite, mais il lui enlève encore le droit de résolution qui appartient en général à tous les créanciers synallagmatiques.

Nous avons donc à constater une première dérogation très imporante à notre théorie générale, puisque nous sommes en présence d'un créancier synallagmatique qui en est réduit comme tous les simples chirographaires au marc le franc.

Mais cette dérogation n'est pas elle-même sans exception; et ces exceptions sont de véritables retours au droit commun, nous allons les examiner.

A. — Il nous faut remarquer d'abord que le droit de rétention n'est pas supprimé avec le privilège par l'art. 550. Au contraire une disposition spéciale de la loi commerciale, l'art. 577, confirme les art. 1612 et 1613 du Code civil et reconnaît positivement au vendeur ce droit de rétention contre la faillite. Pris en lui-même, ce droit place déjà le vendeur qui n'a

(1) Renouard, *Bail*, t. 2, p. 263; Paris, 24 août 1839; Rennes, 23 août 1847, aff. Vonier. D. P. 49. 2. 411; Paris, 21 juin 1842. V. le Dr. du 16 août 1842.

pas livré dans une situation bien supérieure aux chirographaires ordinaires. Mais c'est un droit moins avantageux que celui de résolution, d'abord parce qu'il laisse subsister la vente. Ce n'est qu'un moyen de défense qui ne permet pas au vendeur de disposer de sa chose. — Ensuite il ne sert pas de base comme l'art. 1654 à une réclamation de dommages-intérêts.

Le vendeur qui n'a pas livré n'a-t-il que ce droit de rétention? Presque tous les auteurs et beaucoup d'arrêts répondront négativement. — Il a également le droit de résolution et il est bien facile de l'établir. — La faculté de résolution c'est, en effet, le droit commun des créanciers synallagmatiques. Exceptionnellement le vendeur en est privé dans ces cas où s'applique l'art. 550, c'est-à-dire dans les cas où la loi juge que les marchandises sont légitimement considérées par les chirographaires du failli comme leur gage. — Admettre, comme nous l'avons dit, la résolution dans cette hypothèse, ce serait empêcher l'art. 550 d'atteindre son but. C'est la seule cause de la suppression de cette faculté de droit commun. — Mais on ne peut plus invoquer ce motif quand le vendeur a le droit de rétention. — On est en dehors de l'hypothèse de l'art. 550. La suppression du privilège est indifférente puisque le vendeur a bien mieux que ce privilège, le droit de conserver sa chose même, et alors sur quelle idée baserait-on la suppression du droit de l'art. 1654. Il est impossible de le dire.

Nous dirons donc : le créancier qui a le droit de rétention peut demander la résolution. Mais peut-il la demander avec dommages-intérêts? Nous touchons ici à une grosse question qui a un certain intérêt d'actualité, et qu'il nous faut examiner avec soin.

Longtemps la jurisprudence avait décidé d'une manière très ferme, que le vendeur n'a pas droit aux dommages-intérêts quand il demande la résolution. — L'art. 577, disaient les arrêts, est pour le vendeur une grande faveur. Elle le place dans une situation exceptionnellement avantageuse en face des chirographaires. Pendant que les créanciers ordinaires perdent quelquefois le montant presque tout entier de leur créance, le vendeur ne perd que les avantages que lui aurait procurés un marché. Ce serait augmenter outre mesure l'inégalité entre les créanciers que d'accorder encore à ce vendeur des dommages-intérêts qui diminueraient l'actif de la masse (1). Ce serait en outre aller contre l'intention du législateur, qui, en rédigeant l'art. 577, en faisant une disposition spéciale inutile si elle n'était que la répétition des art. 1612 et 1613, a voulu montrer son désir de limiter les droits du vendeur à la rétention et à la résolution simple.

Le 4 mars 1886 la Cour de Paris se prononça for-

(1) Paris, 30 février 1863, 14 août 1871, 8 mars 1873. *Journal des trib. de commerce* (XII, p. 168, XX, p. 148, XXV, p. 136).

mellement contre cette doctrine. Elle revint à des principes qui suivant nous sont les vrais. La résolution qu'invoque le vendeur, dit la Cour, c'est la résolution de l'art. 1654. L'art. 577 ne fait que consacrer le droit commun, et cela résulte de plusieurs passages de la discussion préparatoire de 1838. Dès l'instant qu'on considère que la résolution est la conséquence de la rétention, les dommages-intérêts étant eux-même la conséquence de la résolution (1654) il faut bien les admettre. On a invoqué l'égalité entre les créanciers. Mais le partage de l'actif consacre bien d'autres inégalités. Est-ce que les privilèges, les hypothèques ne sont pas des inégalités?

Il ne faut pas chercher à faire la situation du vendeur égale à celle des créanciers chirographaires. Il faut la faire égale à celle des créanciers de son ordre, des créanciers synallagmatiques, et pour eux les dommages-intérêts après la résolution, c'est le droit commun.

Dès que cet arrêt fut rendu, il reçut du reste l'approbation de la doctrine. M. Thaller, dans son livre des faillites en droit comparé, le considère comme une heureuse réaction, et un autre professeur de la faculté de Lyon, M. Appleton consacre un long article à sa défense (1).

Malheureusement la Cour de cassation n'a pas cru

(1) *Annales de droit commerc.*, 2^{me} part., 1887, p. 33.

devoir suivre la Cour de Paris dans la voie où elle s'engageait. Le 16 février 1887 la chambre civile cassait l'arrêt que je viens de citer et ramenait la jurisprudence à son ancienne erreur. En résumé, je crois que le vendeur qui n'a pas livré a avec la rétention, la résolution de l'art. 1654, c'est-à-dire le droit commun de tous les créanciers synallagmatiques. Mais la jurisprudence lui refuse les dommages-intérêts et le place dans une situation meilleure, grâce à la rétention, que celle d'un chirographaire ordinaire, mais inférieure à celle des autres créanciers synallagmatiques.

B. — Il est une seconde hypothèse où le vendeur a plus de droits qu'un simple chirographaire. C'est lorsqu'il peut invoquer l'art. 576 du C. com. Cet article, sous le nom d'action en revendication, accorde au vendeur qui remplit certaines conditions une véritable action en résolution. Il n'a été admis dans notre législation qu'avec une extrême difficulté. En 1807 comme en 1838 on voulait voir dans cette disposition une faveur pour le vendeur, dont la conséquence était, disait-on, de détruire l'égalité qui doit exister entre tous les créanciers dans le désastre commun de la faillite.

En réalité l'art. 576 n'est un retour au droit commun des créanciers synallagmatiques, mais en l'étudiant nous ne devons pas oublier que le législateur l'a considéré comme une mesure de faveur exceptionnelle, qui par conséquent doit être appli-

quée d'une façon très stricte. Nous diviserons nos explications sur l'art. 576 en deux parties. Nous rechercherons d'abord les conditions nécessaires à son application, et nous examinerons ensuite la situation exacte dans laquelle cette application place le vendeur.

1° Conditions nécessaires pour que l'article 576 puisse être appliqué

(a) Il faut que l'objet vendu soit une chose corporelle.

(b) Il faut que les marchandises ne soient pas encore dans les magasins de l'acheteur.

(c) Il faut qu'il n'y ait pas eu revente sans fraude sur facture, connaissance ou lettre de voiture.

(d) L'identité des marchandises doit exister encore au moment de la revendication.

(a) Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli tant que la tradition n'aura pas été effectuée dans les magasins de l'acheteur. Tels sont les premiers mots de l'article 576. Ils nous montrent bien que cet article ne vise que des choses corporelles. En parlant de marchandises le législateur n'a certainement pas eu en vue, un office ou l'achalandage d'un fonds de commerce ; ce sont là des choses qui ne s'expédient pas dans des magasins, auxquelles par conséquent l'appel de l'art. 576 est complètement impossible.

Nous dirons que le vendeur de ces choses incorporelles ne peut pas invoquer l'art. 576. Comme d'autre part le privilège n'existe plus pour aucune vente de meubles, que là loi ne fait sur ce point aucune différence entre les objets corporels et incorporels, le vendeur d'objets incorporels sera toujours, sauf son droit de rétention, réduit à la situation d'un chirographaire ordinaire. (Paris, 11 décembre 1882).

(b) « Pourront être revendiquées..... tant que la tradition n'aura pas été effectuée dans les magasins de l'acheteur. »

Pour que l'art. 576 soit applicable il faut donc que les marchandises soient en cours de route. Le véritable intérêt de l'article est donc pour le vendeur qui déjà dessaisi ne pourrait plus exercer la rétention, mais dont les marchandises ne sont pas encore arrivées chez le vendeur. Il n'est pas toujours très facile de savoir si cette condition de l'application de l'art. 576 est réalisée. C'est qu'on ne peut pas s'arrêter strictement aux termes du texte : les magasins de l'acheteur. Il faut savoir si l'acheteur a les marchandises à sa disposition, si ses créanciers chirographaires ont pu les considérer déjà comme leur gage et il est bien des cas où le doute est assez difficile à lever. Je me bornerai à citer quelques exemples qui montreront de quelle façon la jurisprudence interprète sur ce point l'art. 576. Elle admet sans difficulté qu'on doit considérer comme dans les

magasins de l'acheteur les marchandises encombrantes déposées par son ordre soit dans une cour, soit même contre les murs de sa maison ou sur un terrain public loué à cet effet. (Nancy, 15 avril 1836).

La Cour suprême considère comme livrées au sens de l'art. 576 des marchandises laissées par l'acheteur au lieu où elles se trouvaient au moment de la vente lorsque ces marchandises sont difficilement transportables, et qu'elles ont été mises à la disposition de l'acheteur.

Il a été jugé en ce sens par un grand nombre d'arrêts notamment en matière de coupes de bois. (Req. 10 janv. 1821 ; (Rouen, 30 mai 1840 ; Nancy, 24 août 1844).

Il en serait de même encore, si le vendeur simplement locataire des magasins où se trouvent les objets vendus avait donné les clefs à l'acheteur. (Bourges, 25 fév. 1826).

Enfin on va jusqu'à décider que les marchandises en cours de route ne pourront plus être revendiquées, lorsque le navire qui les transporte sera la propriété de l'acheteur, parce qu'alors, dit-on, ce navire n'est plus guère qu'un magasin mouvant, et la cargaison est absolument à la disposition du propriétaire du bateau. (Rennes, 30 août 1858, — Cass. 30 juin 1859).

Par contre, la revendication peut être encore possible malgré l'arrivée de la marchandise dans les magasins de l'acheteur. — Il en serait ainsi si cette

arrivée était postérieure à la faillite. — Ce qui donne lieu à l'ouverture du droit de revendication, c'est ce fait que les marchandises sont encore en route au moment de la faillite. — Peu importe ce qui se passe après que le droit de l'art. 576 a pris naissance. Il ne s'éteindra pas, quand bien même le vendeur n'aurait pas eu le temps de l'exercer pendant le voyage des marchandises.

Le moment de la faillite, c'est celui du dessaisissement du failli, c'est-à-dire le jour du jugement déclaratif, puisque d'après l'art. 443 nouveau, le failli peut jusqu'à ce jour vendre et acheter, et aurait pu par conséquent valablement revendre les marchandises à condition que l'opération ait été faite sans fraude.

(c) Il faut qu'il n'y ait pas eu revente sans fraude sur facture et connaissance ou lettres de voiture signées de l'expéditeur. — Nous venons de voir que l'art. 576 ne permet la revendication, que lorsqu'elle ne doit pas léser les espérances légitimes des créanciers chirographaires qui considèrent comme leur gage tout ce qui est dans les magasins du failli. — Il est d'autres tiers dont l'art. 576 se préoccupe également. Je veux parler des acquéreurs du failli qui auraient fait certaines acquisitions pendant que les marchandises étaient encore en cours de route. — Le vendeur primitif ne peut pas revendiquer contre eux, voilà le principe ! Mais encore faut-il pour cela que la revente réunisse certaines conditions. Il faut d'abord,

nous dit l'article, qu'elle ait été faite sans fraude, qu'il n'y ait pas eu accord entre le failli et son acheteur pour soustraire des marchandises dont la faillite rend le paiement impossible. L'art. 576 prend de grandes précautions pour rendre cette fraude impraticable. Il n'attache d'effets qu'à la revente faite sur facture, connaissance ou lettres de voiture, et cette disposition de l'art. 576 de 1838 n'est que la reproduction de l'ancien art. 578, C. co. Mais la nouvelle rédaction est plus rigoureuse encore que l'ancienne, puisqu'elle exige que les lettres de voiture ou factures et connaissances soient signés de l'expéditeur. Cette garantie est pour les vendeurs d'une grande importance. Ceux qui auront des craintes sur la solvabilité de leur acheteur, et redouteront une revente à leur préjudice, la rendront impossible en ne signant pas les connaissances ou lettres de voiture.

(d) Pour que l'art. 576 puisse être appliqué, il est une dernière condition qui tient à la nature même du droit qu'il organise. Il faut que le revendiquant établisse l'identité des choses qu'il a vendues. En réalité le droit de revendication ne peut pas se comprendre sans cette condition. Il porte sur des choses déterminées. Il devient impossible à exercer dès que ces choses ont perdu leur identité, dès qu'on ne peut plus les reconnaître, aussi n'aurais-je même pas mentionné cette condition si l'historique de la rédaction du Code actuel n'avait pas donné lieu à quel-

ques doutes sur ce point. L'ancien art. 580 disait formellement que la revendication de l'art. 576 ne pouvait être exercée si le vendeur établissait l'identité de la chose vendue. Il spécifiait même que cette identité serait considérée comme perdue, si les balles de marchandises avaient été ouvertes par l'acheteur, ou les cachets enlevés.

Cette disposition n'a pas été reproduite par la loi de 1838. C'est donc, a-t-on voulu dire, que cette loi n'impose plus au vendeur la preuve de l'identité (1). En réalité ce que la loi de 1838 n'a pas voulu conserver, ce sont les dispositions étroites de l'art. 580, elle a voulu que le juge ait toute liberté pour apprécier si les marchandises avaient conservé leur identité. Elle n'a pas voulu dire cette chose impossible : « On pourra revendiquer des choses méconnaissables. »

Du reste l'arrêt de Rennes que nous avons cité a été désavoué quelque temps après par des magistrats de la même Cour (Rennes, 30 août 1858) et le 30 juin de l'année suivante la Cour suprême confirmait cette doctrine.

Effets de l'art. 576. — Nous avons dit que sous le nom de revendication l'art. 576 accordait bien plutôt au vendeur un droit de résolution. Nous avons déjà vu à propos de l'art. 2102, n° 4, la loi employer ce mot de revendication dans un sens qui

(1) Cour de Rennes, 26 mars 1858. *Journ. du Palais*, 1858, 782.

u'est pas sa signification ordinaire. Ici il en est de même.

Qu'est-ce en effet que la revendication? L'action par laquelle un propriétaire réclame la possession d'une chose qui lui appartient. Être propriétaire c'est donc pour exercer la revendication une condition essentielle. Or le vendeur, dans la situation où le prend l'art. 576, n'est plus propriétaire des marchandises qu'il réclame. La vente lui a enlevé la propriété, soit au moment même du contrat, soit tout au moins lorsque les marchandises ont été individualisées par leur mise en route. Dès lors le droit qu'il exerce ne peut pas être exactement une revendication, — c'est une résolution. Cette résolution anéantit les effets de la vente, rend au vendeur sa qualité de propriétaire et lui permet ainsi la revendication.

Le texte même montre bien quelle était la pensée du législateur. L'art. 576 nous dit *in fine* que le vendeur ne pourra exercer son droit qu'en remboursant les acomptes qu'il a reçus — et en payant les avances pour fret ou voiture, commission, etc., — en un mot il faut que le vendeur replace les choses dans l'état où elles auraient été sans la vente. — C'est bien là le caractère d'une résolution.

Je dirai donc que l'art. 576 établit en faveur du vendeur un retour vers le droit commun des créanciers synallagmatiques, vers l'action en résiliation des art. 1184-1654.

Mais ces articles ne donnent pas seulement aux créanciers non payés la faculté de résolution. Ils lui donnent aussi le droit aux dommages-intérêts.

Le vendeur qui invoque l'art. 576 peut-il réclamer des dommages-intérêts ?

Dans l'opinion la plus répandue le vendeur n'a pas droit à des dommages-intérêts. Il ne faut pas oublier, dit-on, que l'art. 576 a été considéré par les législateurs comme une grande faveur accordée au vendeur. Deux fois, en 1807 et en 1838, cette disposition a failli être rayée de nos lois, parce qu'on considérait qu'elle lésait la masse chirographaire. Il est vrai que si on fait une analyse exacte, cette prétendue faveur n'est que le droit commun des créanciers synallagmatiques. Mais cette analyse, les rédacteurs de la loi ne l'ont pas faite, et ce que doit rechercher l'interprète, c'est leur seule intention quand bien même elle serait basée sur des principes faux. Or cette intention les travaux préparatoires la démontrent bien clairement. Elle se manifeste du reste d'une façon bien certaine à la lecture de l'art. 576, C. co. Ce texte impose au vendeur l'obligation non seulement de restituer les acomptes reçus, mais même tous les frais que la vente aura pu occasionner à la masse. Ces frais, le vendeur aurait à les réclamer à titre de dommages-intérêts après les avoir restitués, si on admettait le principe des dommages-intérêts. On arriverait donc à cette solution impossible, que d'une part la loi ordonnerait au vendeur une restitui-

tion, et de l'autre lui permettrait la répétition de cette restitution. Qu'on trouve que l'art. 576 est incomplet en n'accordant pas de dommages-intérêts au vendeur, qu'on trouve qu'il est excessif en ordonnant au vendeur des restitutions de frais que d'après les vrais principes il ne devrait pas faire (1), ce sont là des critiques très plausibles; mais sur l'application de la loi, il ne peut pas y avoir de doutes sérieux en présence de son origine et de son texte.

Cette doctrine a été consacrée par plusieurs arrêts (2). Elle est du reste la conséquence forcée du système de la jurisprudence qui n'admet pas les dommages-intérêts quand le vendeur n'a pas encore livré. *A fortiori* doit-elle les repousser quand le vendeur s'est déjà dessaisi, quand c'est par conséquent une faveur plus grande de lui accorder la revendication.

Pour ma part, les mêmes raisons, qui m'ont fait admettre les dommages-intérêts dans le cas de rétention me les font admettre quand c'est l'art. 576 qu'on applique.

L'art. 576 consacre une résolution, et c'est le droit commun que cette résolution soit accompagnée de dommages-intérêts. Pour les refuser il faudrait établir très nettement l'intention du législateur. Or, comment essaie-t-on de le faire? Par un *a fortiori* tiré de ce que l'art. 576 impose au vendeur la resti-

(1) Bravard, t. 5, pages 548 et 549.

(2) Cass. 21 février 1828. Bordeaux, 3 sept. 1847.

tution de tous les frais de transport et autres. — Mais c'est un argument qui n'est pas décisif. On peut très bien concevoir simultanément l'obligation pour le vendeur de restituer les frais, et le droit de les redemander à titre de dommages-intérêts.

C'est qu'il les restituera intégralement, et qu'il n'aura à titre de dommages-intérêt que le tant 0/0 où sont réduits les chirographaires. — Il ne donnera donc pas d'une main ce qu'il reprendra de l'autre, et cela est tellement vrai qu'un projet de rédaction en 1807 donnait formellement le droit au vendeur de produire dans la masse pour le montant des frais qu'il aurait restitués conformément à l'art. 576.

Ce projet ne devait pas passer dans la rédaction définitive, mais l'ancien art. 579 en gardait la trace. Il disait : « Le vendeur devra rendre l'actif indemne de toute avance pour frais de voiture, etc. », ces termes indiquaient très nettement que si le vendeur était tenu de rendre l'actif indemne, il conservait ses créances qui étaient dans le passif. Ces créances ne pouvaient être que le droit aux dommages-intérêts. Il est vrai que la loi de 1838 n'a pas reproduit ces expressions de l'art. 579; mais il serait excessif de conclure à un changement d'intention des rédacteurs. Ils ont changé quelques mots au texte, remplacé « rendra l'actif indemne » par « restituera », sans songer que cette transformation pouvait avoir une aussi grande importance. S'il en était autrement, on retrouverait forcément la trace de leur volonté dans les travaux

préparatoires. En réalité ils ont repris l'art. 576 tel qu'il existait dans le Code de 1807, et dans ce Code il impliquait bien le droit aux dommages-intérêts pour le vendeur.

En résumé, nous voyons que le vendeur de meubles peut être dans deux situations bien différentes : il a livré ou il n'a pas livré (et nous assimilons au cas où il n'a pas livré celui où il peut encore invoquer l'art. 576).

S'il a livré, l'art. 550 lui enlève le privilège et l'action en résolution. Il est réduit à la situation de simple chirographaire. S'il n'a pas livré, il a la garantie ordinaire des créanciers synallagmatiques, l'action en résolution. Il l'a, suivant nous, dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire avec des dommages-intérêts, et la théorie générale s'applique exactement à cette hypothèse. Elle ne reçoit donc une exception, expliquée par l'intérêt supérieur du commerce, que dans la seule hypothèse où les marchandises sont déjà dans les magasins de l'acheteur.

LOUAGE.

Nous avons deux hypothèses à faire :

A. — Le failli est bailleur.

B. — Le failli est locataire.

A. — *Le failli est bailleur.*

L'application de notre théorie générale à cette

hypothèse nous amènerait à dire que le bailleur n'est pas en droit d'exiger la continuation du bail. Il est créancier chirographaire. Il ne saurait donc pas réclamer l'exécution intégrale de ce qui lui est dû, et dans l'hypothèse où les syndics se refusent à cette exécution, on pourrait croire qu'il en sera réduit à demander la résolution accompagnée de dommages-intérêts, mais une telle solution est contraire à la nature du droit du preneur. Nous ne dirons certes pas avec M. Troplong (t. II, 491 à 496) que ce droit est un droit réel. C'est une opinion trop universellement abandonnée, pour qu'il soit même besoin de la réfuter ; mais d'autre part il est bien certain que ce droit du preneur produit des effets à l'égard de certains tiers.

Il est opposable dans une certaine mesure, disent MM. Aubry et Rau(1), aux ayant-cause du bailleur, et plus particulièrement l'art. 684 du Code de procédure civile fait l'application de ce principe aux créanciers du bailleur en cas de saisie immobilière. Il résulte très nettement des termes de cet article que dans le cas où le bail a date certaine, l'expulsion du locataire est impossible à la suite de la saisie.

C'est là une solution, qui bien certainement doit être étendue au cas de faillite. Elle est dictée par des motifs d'ordre économique, qui s'appliquent

(1) Aubry et Rau, § 366, t. IV.

tout aussi bien au cas de la faillite qu'à celui de la déconfiture.

Il faut ajouter que cette interprétation, qui paraît s'imposer dans l'état actuel de notre droit, me paraît très critiquable au point de vue législatif.

Il semble assez difficile de justifier le véritable privilège qu'on accorde ainsi au preneur, qui n'est qu'un créancier chirographaire. C'est tout au moins ce qu'on pensé les rédacteurs de certaines lois nouvelles, et nous verrons plus loin que notamment les législations allemandes, hongroises et suisses n'accordent pas au preneur le véritable privilège que nous sommes forcés de lui reconnaître.

B. — *Le failli est locataire.*

Les droits du bailleur contre la faillite de son locataire ne sont plus du tout aujourd'hui ce qu'ils étaient sous l'empire du Code civil et du Code de commerce. Une loi du 12 février 1872 est venue réglementer la matière d'une façon toute nouvelle, et il est indispensable, pour bien comprendre les motifs qui ont inspiré cette loi, de connaître la situation que la jurisprudence faisait au bailleur avant 1872. — Nous examinerons donc : 1^o Les droits du bailleur avant la loi du 12 février 1872; 2^o les droits du bailleur sous l'empire de cette loi.

A. *Les droits du bailleur avant 1872.* — Deux textes visaient spécialement les droits du bailleur.

C'était (a) l'art. 2102 qui le range au nombre des créanciers privilégiés; (b) l'art. 450, C. co., qui restreignait en cas de faillite les droits du bailleur privilégié, en lui interdisant toutes poursuites avant le délai d'un mois.

Le bailleur se présente donc dans la faillite à un double titre. Il est créancier synallagmatique et il est créancier privilégié.

Nous allons rappeler ses droits de créancier synallagmatique et montrer dans quelle mesure le privilège venait les renforcer avant la loi de 1872.

D'après notre théorie générale, il a comme créancier synallagmatique le droit à la résiliation suivie de dommages-intérêts, à moins que les syndics ne s'offrent à exécuter le bail. Mais si les syndics optent pour cette exécution, elle devra avoir lieu, avons-nous dit, comme s'il n'y avait pas eu faillite. Rien ne sera changé aux modalités, quelles qu'elles soient, des obligations de chaque partie — et particulièrement l'art. 1188 n'est pas invocable, à condition toutefois que les syndics donnent garantie suffisante de l'exécution de leur engagement.

Mais en matière de bail, une garantie suffisante de l'engagement du locataire, c'est que les lieux loués restent garnis de meubles.

Nous dirons donc — comme créancier synallagmatique, abstraction faite du privilège — le vendeur aurait droit à la résiliation, à moins que les syndics

n'optent pour l'exécution en laissant les meubles dans les lieux loués.

Passons au privilège. — Son étendue, nous dit la loi, est différente, suivant que le bail a ou n'a pas de date certaine.

S'il n'y a pas date certaine, il y aura privilège pour le prix des loyers d'une année à partir de l'année courante. Ces termes ont donné lieu à quelques discussions ; mais aujourd'hui l'accord est à peu près fait et presque tous les auteurs reconnaissent avec la jurisprudence que le privilège s'étend en outre à tous les loyers échus et à celui de l'année courante.

S'il y a date certaine, le bailleur est privilégié pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir.

En quoi ce privilège change-t-il la situation du bailleur ? Faisons pour répondre à la question cette remarque générale qu'un privilège donne au privilégié un droit de préférence et un droit de suite, mais qu'il laisse intacts les droits de résolution ou de non résolution que peuvent avoir les contractants. Remarquons en outre qu'un privilège est toujours l'accessoire d'une créance, et qu'il est forcément limité au montant des droits du créancier.

Nous dirons en conséquence : le privilège du bailleur laisse au point de vue des questions de résolution, le bail dans les conditions que nous avons étudiées en dehors de lui. Partant, les syndics ont

toujours le droit de non résolution, le droit d'exécuter dans les conditions fixées par le contrat. Or, d'après la convention leurs loyers ne sont dus qu'aux termes et vouloir appliquer dès la faillite le privilège aux loyers futurs, ce serait vouloir l'appliquer à une créance qui n'existe pas encore comme exigible. Ce serait vouloir une impossibilité.

Nous dirons donc d'abord : Malgré l'art. 2102, malgré l'existence du privilège, si les syndics veulent l'exécution intégrale et la garantissent par exemple en laissant des meubles, le bailleur ne peut pas s'opposer à cette exécution intégrale dans les conditions du contrat. Il n'a pas le droit de demander la résolution, qui ne peut provenir que du défaut d'exécution. Il n'a pas le droit non plus de vouloir appliquer son privilège aux créances des loyers à venir, puisque le contrat subsiste, et que d'après le contrat ces créances ne sont pas exigibles.

Si au contraire les syndics ne veulent pas garantir l'exécution du bail, le bailleur peut demander la résolution, c'est le droit commun; mais cette demande en résolution le laisse créancier des loyers échus. Elle n'opère que pour l'avenir. Sans le privilège le bailleur, pour ces loyers échus, serait payé au marc-le-franc. Grâce à l'art. 2102 il aura un droit de préférence. Du reste la demande de résolution est facultative. Le bailleur peut aussi s'en tenir à la demande d'exécution du contrat, et c'est ici encore qu'intervient le privilège! Si le bailleur

n'était pas privilégié, cette demande d'exécution n'aboutirait pour lui qu'à un tant 0/0, le tant 0/0 de tous les chirographaires. Grâce au privilège, il prélèvera le montant intégral de sa créance de propriétaire. Pour quelles sommes? L'art. 2102 répond : pour les loyers échus et ceux à échoir, s'il y a date certaine; pour les loyers échus et ceux d'un an à partir de l'année courante, s'il n'y a pas date certaine; et j'arrive à cette conclusion : Le bailleur a les droits de tous les créanciers. Si l'exécution n'est pas assurée, il peut demander la résolution et il restera alors créancier des loyers échus pour lesquels il sera privilégié. S'il opte pour l'exécution au lieu d'être un simple chirographaire, au lieu de n'avoir qu'un tant 0/0 il est payé par privilège de tout ce qui lui est dû (loyers échus et loyers à échoir); mais en contre-partie de cette faveur faite au locateur, l'article 2102 admet un avantage pour les locataires : c'est qu'ils pourront toujours relouer quand bien même le bail ne leur en donnerait pas le droit. Avec une telle doctrine, nous appliquons exactement la théorie générale esquissée au début de cette thèse. Cette théorie est modifiée seulement par la plus grande force que le privilège vient naturellement apporter aux droits du bailleur.

En pratique nous aboutissons à des résultats fort acceptables! Il est vrai que le bailleur peut dans certains cas être payé de tous ses loyers à échoir, toucher grâce à la faillite plus qu'il n'aurait touché

sans elle; mais la masse a un moyen bien simple d'empêcher ce résultat, s'il lui est défavorable. Elle peut assurer l'exécution du bail. Si elle ne veut pas de cette exécution qui n'est pas une faveur pour le bailleur, elle n'a pas à se plaindre des résultats de son refus. C'est elle qui les a voulus.

Dans ces explications, j'ai considéré la créance du bailleur comme une créance à terme, puisque j'applique l'art. 1188, dans l'hypothèse où les syndics se refusent à assurer l'exécution du bail. Je n'ignore pas que sur la nature de la créance du bailleur, des controverses très vives s'étaient élevées avant la loi de 1872. Je ne veux pas les reprendre dans leurs détails. Je me bornerai à dire en deux mots, que de ces discussions, il semble bien résulter que la créance du bailleur est une créance à terme. Je crois pour ma part, que la meilleure preuve de cette proposition est dans la définition légale du contrat de bail⁽¹⁾(art. 1709): «Le louage est un contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre pendant un certain temps de la chose louée, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.»

C'est la forme de définition de tous les contrats synallagmatiques (vente, échange, etc.), rien n'indique un élément conditionnel nécessaire dans le contrat. Les termes de la loi impliquent au contraire

(1) Demolombe, *Obligations*, II, n° 661. *Revue pratique*, t. 23 (1867), p. 384 (Mourlon); *Revue critique* (1867), p. 1 et s., Desjardins; *Rev. crit.* 1867, Thiercelin.

la naissance immédiate d'une obligation ordinaire. Un certain prix qu'il s'oblige à payer (peut-être à terme, peut-être sans terme, suivant que les loyers sont ou ne sont pas payés d'avance).

Du reste la jurisprudence a toujours tenu à affirmer ce caractère de créance à terme, et nous allons voir que pour ne pas abandonner ce principe elle aboutissait même à des résultats tellement impraticables qu'une loi nouvelle devint nécessaire.

C'est que la Cour de cassation, tout en admettant, comme je viens de le faire, que la créance du bailleur est une créance à terme, n'arrivait pas à la théorie que j'ai proposée.

Elle admettait deux principes que nous avons adoptés. Elle disait bien : Le bailleur a le droit de demander ou la résiliation ou le paiement avec le privilège et par préférence sur le prix de tous les loyers à échoir. Mais ce droit elle l'accordait en toutes circonstances au bailleur. Elle semblait perdre de vue complètement ce grand principe que : les syndics peuvent exécuter le contrat, comme aurait pu le faire le failli lui-même sans la faillite. Quand les syndics se présentaient devant les tribunaux, venant dire : « Nous voulons continuer le bail, nous avons reloué, et le contrat permettait la relocation, » ou encore « le failli remplacé à la tête de ses affaires continuera à occuper les lieux loués et le bailleur n'a rien à craindre puisque les meubles n'ont pas été enlevés, » la Cour répondait aux syndics : « Dès la

faillite, le bailleur a de par la loi le droit à la résiliation ou au paiement par privilège. Il faut ou lui laisser exercer son privilège ou résilier, et toutes les sûretés que vous pouvez offrir n'empêchent pas l'exercice de son droit qu'il tient du fait même de la faillite (1), » mais là était l'erreur ! Oui le bailleur a droit à la résolution ou au paiement par préférence mais à une condition, c'est que les syndics n'exercent pas leur droit de continuer eux-mêmes le contrat en assurant son exécution. C'est, suivant nous, ce droit que négligeaient les tribunaux, et de là venaient les conséquences déplorables de leur système. Le failli remplacé à la tête de ses affaires par un concordat était dans l'impuissance de se relever parce qu'il lui fallait abandonner ses magasins, ou payer à l'avance une somme exorbitante.

Les créanciers chirographaires étaient dans l'alternative ou de résilier (ce qui pouvait leur être très désavantageux, s'ils trouvaient par exemple à louer à un bon prix) ou de subir un prélèvement qui ruinait l'actif de la masse.

Tous ces inconvénients n'auraient pas existé, s'il avait été bien entendu que les syndics ont toujours le droit de continuer les contrats du failli, de mettre par l'exécution complète un créancier en dehors de la faillite.

(1) Cass. D. 65. 1. 201, 28 mars 1865; Cass. D. 60. 1. 35, 4 janvier 1860; Cass. D. 65. 1. 208, 28 mars 1865; Orléans, 5 août 1865, D. 1865. 2. 23; Orléans, 10 nov. 1865, D. 1865. 2. 227.

En résumé, avant 1872, le bailleur avait tous les droits qui sont en général ceux des créanciers synallagmatiques. L'art. 2102 venait en outre renforcer ces droits en conférant le privilège au locataire ; mais abstraction faite de ce privilège, notre théorie générale aurait pu recevoir une exacte application. — Malheureusement la jurisprudence s'écartait des vraies principes. — Elle dégagait bien nettement les droits du bailleur, mais négligeait les droits des syndics qui en sont la contre-partie. Sa doctrine erronée ne se recommandait même pas par ses résultats pratiques. Le commerce au contraire réclamait vivement contre l'état de choses établi par la Cour de cassation. Mais cette Cour se refusait absolument à changer ses décisions. Et il fallut que le législateur intervint pour corriger bien plus la jurisprudence que la loi ! En 1872, alors que les malheurs de la guerre rendaient trop pratiques les questions de faillite, l'Assemblée nationale vota une nouvelle législation qui nous régit encore, et dont nous allons aborder l'étude.

Situation du bailleur depuis la loi de 1872. — La loi de 1872 est très confuse dans la forme. Un auteur a pu dire que « fruit de l'initiative parlementaire, elle est une des lois qui font le moins honneur à cette institution. » Aussi nous ne nous attacherons pas à son texte, nous l'étudierons non pas d'après le plan adopté par ses rédacteurs ; mais en cherchant à dégager de ses termes l'appli-

cation des principes que nous avons déjà étudiés.

Nous avons dit qu'à nos yeux le grand inconvénient de la jurisprudence de la Cour de cassation avait été de méconnaître les droits que pouvaient avoir les syndics d'invoquer le principe de la non résolution et d'exécuter le bail. — Ce droit est formellement reconnu par la loi nouvelle en deux passages différents :

Art. 450. — Les syndics auront pour les baux des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli, y compris les baux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation du failli et de sa famille huit jours à partir de l'expiration du délai accordé par l'art. 191 du C. co., aux créanciers domiciliés en France pour la vérification de leurs créances pendant lequel ils pourront notifier au propriétaire leur intention de continuer le bail à la charge de satisfaire à toutes leurs obligations de locataire.

Art. 550. — Au cas de non résiliation le bailleur une fois payé de tous les loyers échus ne pourra pas exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou si celles qui lui sont fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes.

C'est la consécration formelle des principes du droit commun, et il n'y a qu'un point particulier à noter, c'est la détermination d'un délai accordé aux syndics pour faire leur choix.

Si les syndics n'assurent pas l'exécution intégrale

d'après le droit commun, le bailleur peut demander la résolution. C'est là encore une faculté que la loi de 1872 lui reconnaît expressément.

Art. 450.—Le bailleur devra dans les quinze jours qui suivront la notification qui lui sera faite par les syndics former sa demande en résiliation.

Quelle pourront être les causes de cette demande en résiliation, l'art. 450 ne nous les indique pas en détail; mais tous les jurisconsultes sont d'accord sur ce point.

Le bailleur peut demander la résiliation : (a) pour des faits personnels au failli et antérieurs à la faillite. Sur ce point ses droits restent ce qu'ils auraient été sans la faillite; (b) parce que les syndics refusent d'exécuter ou bien encore parce que les sûretés qu'ils proposent pour assurer l'exécution sont insuffisantes. En résumé la loi de 1872, abstraction faite du privilège, accorde formellement au bailleur les droits que nous avons considérés comme devant appartenir à tous les créanciers synallagmatiques. Elle se borne, dans l'intérêt de la liquidation, à fixer les délais dans lesquels ils doivent être exercés.

Quant au privilège, la loi nouvelle le maintient, mais elle limite son étendue, et l'accorde au locateur dans des conditions différentes suivant que le bail est maintenu ou résilié.

Dans le cas de résiliation, le privilège s'étend aux deux dernières années de location, à l'année cou-

rante, et aux dommages-intérêts qui pourront être alloués par les tribunaux (art. 550).

Dans le cas où il n'y a pas résiliation, la loi distingue deux hypothèses : ou les sûretés données au moment du contrat sont maintenues, ou les meubles ont été enlevés. — Dans le premier cas « le bailleur une fois payé des loyers échus ne pourra pas exiger le paiement des loyers en cours et à échoir » (article 550). Dans la seconde hypothèse : « Il pourra exercer son privilège comme au cas de résiliation et en outre pour une année à partir de l'année courante, que le bail ait ou n'ait pas date certaine » (art. 550). Je n'insiste pas plus longuement sur cette question de privilège un peu en dehors de notre théorie des droits du bailleur considéré spécialement comme créancier synallagmatique.

En résumé nous voyons que la loi de 1872 réformant la jurisprudence plutôt que le Code revient exactement à l'application de la théorie générale. Et ici encore cette théorie nous donne la base des droits du bailleur et n'est modifiée que par l'existence du privilège, qui sans changer ces droits les renforce dans une certaine mesure.

Il nous reste seulement, pour en finir avec le louage de choses, à remarquer que l'application de la loi de 1872 ne s'étend pas à tous les baux. Elle n'est faite, nous dit le nouvel art. 450, « que pour les baux des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli, y compris les baux dépendant de ces immeu-

bles et servant à l'habitation du failli et de sa famille. » S'il s'agissait par conséquent d'un immeuble servant à l'habitation du failli, mais ne dépendant pas de ses magasins ou usines, la loi de 1872 ne pourrait recevoir son application. L'espèce serait régie par l'ancienne législation, et cette remarque donne un intérêt pratique à la critique que nous avons essayée de la jurisprudence de la Cour de cassation avant la promulgation de la loi nouvelle.

LOUAGE DE SERVICES.

Nous examinerons ici encore deux hypothèses :

1^o Le failli est employeur ;

2^o Le failli est employé.

1^o *Le failli est employeur.*—L'art. 1779 nous dit : Il y a trois espèces principales de louage et d'industrie.

1^o Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;

2^o Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des marchandises ;

3^o Celui des entrepreneurs d'ouvrage, par suite de devis et marchés.

Et nous trouvons au titre des privilèges une disposition relative à chacun de ces modes de louage de services.

(a) L'art. 2101 déclare privilégiés « les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû de l'année courante. »

Et l'art. 549 (C. Co.), qu'il faut rapprocher de cette disposition, déclare « que le salaire des ouvriers, employés directement par le failli pendant le mois qui aura précédé la déclaration de faillite, sera admis au nombre des créances privilégiées au même rang que le privilège établi par l'art. 2101 du Code civil pour les salaires des gens de service.

Les salaires dus aux commis pour les six mois qui auront précédé la déclaration de faillite seront admis au même rang.

L'art. 2102 § 6 reconnaît un privilège « pour les frais de voiture et dépenses accessoires sur la chose voiturée » et l'art. 2103 § 4 établit également un privilège au profit des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux et autres ouvrages quelconques. »

Je ne veux pas étudier les difficultés d'interprétation qu'ont pu soulever ces dispositions. — L'étude des privilèges ne rentre pas dans le cadre de cette thèse. Je ferai seulement remarquer que dans des mesures différentes tous ceux qui ont loué leurs services sont mieux garantis que des créanciers synallagmatiques ordinaires. Ils ont en plus de ces créanciers un droit de préférence pour le remboursement de certaines sommes. — Mais leurs droits de résiliation ou de maintien du contrat sont les mêmes que ceux de tous les créanciers synallagmatiques et c'est ce qu'il est important pour nous de constater. Cette

application du droit commun au louage de services, qui résulte forcément de l'absence de textes particuliers est formellement constatée par certains auteurs (1).

Je dois faire remarquer seulement que le privilège ne s'applique pas aux dommages-intérêts dus par le failli en cas de résiliation, car les dispositions que j'ai citées ne font aucune mention de ces dommages-intérêts et il n'y a pas de privilège sans texte.

D'autre part, conformément à notre doctrine générale les dommages-intérêts sont dus par le failli et non par la masse. En d'autres termes, le créancier vient pour leur paiement au marc-le-franc comme tous les chirographaires.

Si j'insiste sur ce point, c'est qu'en matière de louage d'ouvrage, pas plus qu'en matière de vente, la jurisprudence n'a pas toujours sur ce point appliqué les vrais principes et certains arrêts semblent croire que le créancier qui a obtenu la résolution du contrat avec dommages-intérêts a droit au paiement intégral de cette indemnité (S. V. 26. 2. 267).

Je ne m'attarde pas à réfuter cette opinion, elle ne s'appuie sur aucun texte particulier au louage. Je n'ai donc rien à ajouter à ce que j'ai dit dans le premier chapitre, et je me borne à constater une fois de plus l'application exacte de la théorie générale.

2° *Le failli est employé.* — Ici encore nous

(1) Pardessus, n° 1193.

n'avons pas de textes spéciaux et nous n'aurions qu'à noter l'application de la théorie de droit commun, si cette application n'était pas comme en matière de vente subordonnée à une question de translation de propriété.

Quand l'employé failli travaille sur des matériaux qui ont été fournis par l'employeur, il n'y a pas de difficultés possibles. — Au moment de la faillite, l'employeur revendique les matériaux qui sont sa propriété, et il a en outre contre la masse ses droits de créancier synallagmatique.

Mais si au contraire le failli travaillait avec des matériaux qu'il s'était chargé de fournir lui-même, la question devient plus complexe. — Devra-t-on dire que dès l'instant où il s'est mis au travail l'ouvrier a transféré à son client la propriété de ses matériaux ou bien au contraire est-ce seulement quand l'ouvrage est achevé que le transfert de propriété s'opère?

Je crois pour ma part, que la réponse à la question est dans l'art. 1788 : « si dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne soit en demeure de la recevoir. » Il me semble que cette disposition en mettant les risques à la charge de l'ouvrier le reconnaît comme propriétaire : *Res perit domino*. — Cette opinion s'appuie du reste sur un passage de Pothier absolument conforme (*Traité*

du louage, chap. III, 7^e partie). Enfin c'est une doctrine qui répond très bien à l'analyse du contrat. Qu'est-ce en effet que ce contrat? Une véritable vente à livrer d'une chose future. Comment admettre que la translation de propriété pourrait s'opérer avant que l'objet ait pris naissance? Ce serait contraire à tous les principes que j'ai déjà essayé de dégager à propos de la vente.

L'opinion que j'adopte est du reste presque unanimement admise par la doctrine. Elle est reconnue par la Cour suprême qui l'a appliquée plusieurs fois à propos de construction de navires (Cass. 11 mars 1839, S. 1839. 1. 180). (Cass. 20 mars 1872, S. 1872. 1. 101), et malgré certains arrêts d'appel ces décisions nous permettent de considérer la jurisprudence comme fixée.

Nous dirons donc en résumé : — En cas de faillite de l'employé, l'employeur n'a que les droits des créanciers synallagmatiques. — Il n'a pas contre la masse la revendication des matières travaillées à moins qu'il ne les ait fournies lui-même, ou à moins que l'ouvrage ne soit achevé, parce que cet achèvement en donnant l'individualité à la chose fabriquée, transfère la propriété à celui qui l'a commandée.

ASSURANCES.

Sur la nature même du contrat d'assurances des controverses assez vives se sont élevées, dont il est nécessaire de dire ici quelques mots."

Certains auteurs ont prétendu que le contrat d'assurances est unilatéral. S'il en était véritablement ainsi, nous n'aurions pas à nous en occuper dans une thèse consacrée à l'étude des droits des créanciers synallagmatiques.

Mais cette opinion paraît aujourd'hui complètement abandonnée et les auteurs, comme les arrêts, ne semblent plus guère mettre en doute la nature bilatérale du contrat d'assurances.

En effet ce contrat met bien une obligation à la charge de chacune des parties. L'assureur doit la réparation du dommage s'il y a sinistre. C'est une obligation sous condition suspensive.

Quant à l'assuré il doit la prime.

Mais il est nécessaire de bien déterminer cette obligation de l'assuré, de montrer au juste quel est son objet.

L'assuré ne doit pas des primes.

Il ne s'engage qu'à payer la prime d'une année et lorsqu'il l'a payée d'avance, — ce qui arrive le plus souvent — il ne doit plus rien.

Ce qui a fait dire quelquefois, comme nous l'avons indiqué, que le contrat est unilatéral.

Mais cette idée repose sur une confusion :

Une double comparaison servira à nous le prouver.

La vente est bien certainement un contrat bilatéral.

Si un acheteur paie au comptant l'objet vendu, on ne dira pas que sa libération transforme le contrat synallagmatique en contrat unilatéral.

On dira que deux obligations étaient nées, et que l'une d'elles a été éteinte par une exécution immédiate; mais que son existence n'en a pas moins donné le caractère bilatéral au contrat.

Il en est de même en matière d'assurance.

Il est vrai qu'on pourrait faire une autre comparaison, vouloir assimiler l'assurance au prêt qui est bien certainement un contrat unilatéral.

Mais le prêt est un contrat unilatéral, parce qu'il est un contrat réel, parce que le contrat étant formé seulement par la remise des deniers du prêteur, ce prêteur a, au moment de cette formation, exécuté ce que lui imposait la convention de prêt. Il ne reste donc plus qu'une obligation, celle de l'emprunteur.

Pour pouvoir en dire autant de l'assurance, il faudrait que ce contrat fut formé seulement par le paiement de la prime, mais alors il n'y aurait pas contrat d'assurance, quand la prime ne serait pas payée d'avance!

Nous sommes donc bien en droit de dire que le contrat d'assurances est synallagmatique, en remarquant toutefois que l'obligation de l'assuré se réduit au paiement d'une seule prime, que le contrat est par conséquent annuel, et qu'à chaque paiement d'une nouvelle prime un nouveau contrat se forme.

Cherchons maintenant à appliquer notre théorie générale à ce contrat synallagmatique d'assurances ainsi compris, et examinons successivement : 1° le

cas où l'assureur tombe en faillite; 2° le cas où c'est l'assuré qui cesse ses paiements.

1° *Faillite de l'assuré.* — Si la prime a été payée d'avance, d'après ce que nous avons dit, l'assuré ne doit rien et par conséquent sa faillite ne saurait immédiatement préjudicier à l'assureur. C'est seulement au moment où le paiement d'une nouvelle prime deviendra exigible, que cette faillite produira un effet sur l'assurance qui continuera ou cessera, suivant que cette prime sera ou ne sera pas payée.

Si la prime n'a pas été payée d'avance la question est plus complexe. L'assuré est alors débiteur à terme de la prime. Il tombe en faillite. D'après les principes que nous avons exposés, si les syndics ne fournissent pas caution de payer la prime à son échéance, le failli est déchu du terme, et l'assureur peut immédiatement demander la résolution du contrat.

Mais cette solution suppose nécessairement que le risque n'est pas fini au moment où éclate la faillite. En effet, si le sinistre a déjà eu lieu, l'assureur doit la valeur du dommage diminuée de la prime, c'est donc lui qui est devenu le seul débiteur de l'assuré; cet assuré ne lui doit plus rien, par conséquent sa faillite ne peut être invoquée, comme une cause de résiliation. Si le risque est fini par une cause autre qu'un sinistre (il s'agit par exemple d'une assurance maritime, et le navire est arrivé au port), il ne peut pas non plus être question de résolution.

Puisque l'assureur est libéré, et que l'assuré reste seul tenu, cet assureur a toujours intérêt au maintien du contrat, même partiellement exécuté comme il le sera après la faillite de l'assuré.

2° *Faillite de l'assureur.* — Ici encore si la faillite éclate avant que le risque soit fini, les syndics de la faillite peuvent fournir caution de l'exécution. A défaut de cette caution l'assuré peut demander la résiliation, par conséquent ne pas verser la prime, si le versement n'est pas encore effectué, et se faire colloquer dans la masse pour la valeur de cette prime si elle a déjà été payée.

Mais, comme dans la première hypothèse, cette alternative entre la résolution et la caution suppose que le risque n'est pas fini. S'il en était autrement et qu'il y ait eu fin du risque sans sinistre, l'assureur serait libéré, sa faillite ne pourrait plus être invoquée par l'assuré. S'il y avait eu sinistre, l'assuré aurait intérêt à l'exécution du contrat, puisque cette exécution lui vaudrait un tant 0/0 sur l'indemnité due par la Compagnie.

Nous arrivons, en résumé, par le jeu des principes, à cette solution que la faillite soit de l'assureur et de l'assuré, donne au non failli le droit de résolution si les syndics ne fournissent pas caution d'exécuter l'obligation intégralement — et cela à condition que le risque soit fini.

Or nous trouvons précisément un article du C. co. au titre des assurances maritimes, qui consacre ces

droits. C'est l'art. 346, ainsi conçu : « Si l'assureur tombe en faillite, lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution ou la résiliation du contrat. L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré. »

A première lecture, on pourrait croire que ce texte donne au créancier du failli, assureur ou assuré, le choix entre une demande de caution ou une demande de résolution. Ce serait une grave dérogation au droit commun puisque, d'après ce droit commun, c'est seulement en cas du refus de fournir caution que le créancier peut demander la résolution.

Aussi je crois qu'il faut, pour bien lire l'art. 346, y sous-entendre quelques mots et dire « l'assuré peut demander caution ou, à défaut de caution, la résolution du contrat. »

Cette interprétation a d'abord l'avantage d'être conforme au droit commun. Si les rédacteurs de l'art. 346, C. co., avaient voulu s'en écarter, on trouverait probablement une trace qui n'existe pas de leur intention particulière; et d'ailleurs la lecture que nous proposons ne force en rien le sens grammatical des mots. Elle s'impose si nous remarquons qu'il n'y a aucune raison particulière d'ôter aux syndics leur faculté d'exécution intégrale en matière d'assurances (1). Cette interprétation a du reste été défen-

(1) Alauzet, t. 2, p. 440. — Cass. 1 juillet 1828; Dalloz, 28. 1. 306.

due par des auteurs considérables et consacrée par un arrêt de cassation.

Ainsi compris, l'art. 346 n'est donc plus qu'une application de la théorie générale du droit commun et il est inutile dès lors d'examiner une question qui a soulevé quelques difficultés, celle de savoir si l'art. 346 doit être étendu aux assurances terrestres; dès qu'il n'est qu'une application du droit commun, il s'applique évidemment aux assurances terrestres, pour lesquelles il n'y a pas de texte spécial.

Il faut noter encore que les droits de l'assureur sont particulièrement renforcés par un privilège en matière d'assurances maritimes. Ce privilège est établi par l'art. 191, C. co. § 10. Malgré quelques contestations, nous pensons qu'il ne peut pas être étendu aux assurances terrestres. C'est la règle que les dispositions relatives aux privilèges doivent être interprétées d'une façon très stricte et l'art. 191 placé dans un livre intitulé « des navires et autres bâtiments de mer » ne fait aucune allusion aux assurances terrestres.

Assurances sur la vie.

Sur la nature même du contrat d'assurance sur la vie nous ne dirons qu'un mot, c'est que les observations que nous avons faites pour les assurances terrestres ou maritimes s'appliquent parfaitement. Le même raisonnement qui nous a permis de mettre en re-

lief le caractère synallamatique de ces contrats pourrait être reproduit à propos de chaque type d'assurances sur la vie. — L'étude des droits de l'assureur ou de l'assuré, en cas de faillite de l'autre partie, rentre donc bien dans le cadre de cette thèse.

Pour entreprendre cette étude, il est nécessaire de remarquer d'abord que le contrat d'assurances sur la vie peut se présenter sous des formes bien différentes. Sans entrer dans les détails nous dirons seulement, que dans certaines assurances l'assuré stipule à son seul profit et dans d'autres au contraire stipule en faveur d'un tiers.

Dans le premier cas nous nous trouvons en présence d'un contrat synallagmatique ordinaire à propos duquel il n'existe aucun texte de loi. Nous n'avons donc rien à en dire de particulier.

Mais les questions de faillite peuvent devenir beaucoup plus complexes lorsque c'est une autre personne que l'assuré, qui doit profiter de l'assurance.

Pour arriver à leur solution il est nécessaire de dire quelques mots sur la façon dont notre jurisprudence comprend à l'heure actuelle les contrats d'assurance sur la vie. C'est que ces contrats ne sont régis par aucun texte et que la Cour de cassation a dû plus d'une fois faire œuvre prétorienne, pour trancher les difficultés qui peuvent s'élever à propos des assurances sur la vie devenues aujourd'hui si usuelles.

Quant à la question de la validité du contrat, elle

ne pouvait pas être bien sérieusement discutée en présence des incontestables services rendus par les assurances sur la vie, et des avantages de sécurité qu'elles peuvent présenter pour certains pères de famille.

Un arrêt de cassation du 15 décembre 1873 (S. 1874. 1. 199) expose très nettement les raisons qui devront faire admettre leur légitimité.

Mais c'est peu de reconnaître la validité du contrat. Encore faut-il déterminer ses effets légaux, préciser les textes du Code qui lui sont applicables.

La Cour de cassation fait pour y arriver une distinction. Si l'assurance a été faite en faveur d'un tiers déterminé, c'est, dit la Cour, l'art. 1121 relatif à la stipulation pour autrui qu'il faut appliquer. Si au contraire, la stipulation est au profit des héritiers naturels de l'assureur, ou si le bénéfice doit en revenir à une personne qui sera désignée par l'assureur dans la suite, c'est à l'art. 1122 qu'il faut se référer (Cass. 7 fév. 1877 (S. 1877. 1. 393), 27 janvier 1879 (S. 1879, 1. 218), 10 février 1880 (S. 1880. 1. 152) Cass. 16 fév. 1888 (note de Sirey 1888, p. 121).

Cette distinction va nous servir à trouver la solution d'une grosse question que nous allons voir très importante en matière de faillite. Dans quel patrimoine se trouve le bénéfice de l'assurance pendant la vie de l'assuré? Est-ce dans le patrimoine de cet assuré? Est-ce au contraire dans celui du bénéficiaire?

L'intérêt de la question est bien facile à saisir pour le cas de faillite de l'assuré. Si, en effet, le bénéfice de l'assurance est dans son patrimoine, il fera partie du gage des créanciers, la masse pourra en profiter. Et par conséquent si l'assuré est mort avant le jugement déclaratif ou pendant les opérations de la faillite, les créanciers se partageront l'indemnité payée par l'assurance. Si, au contraire, l'assuré n'est pas mort les syndics auront peut-être intérêt à continuer le paiement des primes pour profiter un jour de cette indemnité. Ce droit, du reste, ne leur est pas universellement reconnu, et M. Couteau (1) prétend que l'art. 1166 s'opposerait à la continuation de l'assurance par les syndics. Il y aurait là un droit inhérent à la personne. La question ne s'est jamais présentée devant les tribunaux. Je la crois plus théorique que pratique. Les syndics, en effet, cherchent à liquider au plus vite l'actif et le passif du failli. Se trouvant en présence d'une assurance sur la vie, le plus souvent ils cesseront de payer les primes.

Il nous reste, maintenant que nous avons montré l'intérêt de la question au point de vue de la faillite, à la résoudre et à chercher dans quel patrimoine se trouve le bénéfice de l'assurance.

La Cour répond par la distinction, qui est le fondement de sa doctrine.

Si l'assurance est faite en faveur d'une personne

(1) Couteau, *Assurances sur la vie*, t. V, § 266.

non déterminée, on applique l'art. 1121, et la créance est dans le patrimoine de l'assuré. En cas de faillite elle profite à la masse (1).

Si au contraire l'assurance est faite au profit d'une personne déterminée, la créance est censée, à partir du jour de son acceptation qui a un effet rétroactif, avoir toujours été dans le patrimoine de ce tiers, et dès lors la masse des créanciers n'a en cas de faillite aucun droit sur le bénéfice de l'assurance (Cass., 16 janv. 1888, S. 1888. 1. 121 et la note) (Cass., 6 fév. 1888) (Cass. 2 juin 1884, S. 1885. 1. 5). Dans cette doctrine c'est donc l'acceptation qui détermine le patrimoine où se trouve la créance contre l'assurance. Mais dans le cas de faillite cette acceptation peut-elle être donnée encore d'une façon efficace après la faillite? La question n'a jamais été directement examinée par la jurisprudence. Elle semble cependant devoir se trancher par analogie avec ce qui se passe dans le cas de décès de l'assuré. La Cour de cassation admet alors, quoique la question soit vivement discutée, que l'acceptation peut être donnée après le décès de l'assuré. Les mêmes raisons s'appliquent quand il y a eu faillite (Cass. 2 juil. 1884) (S. 1885. 1. 5, note de Labbé).

En résumé nous voyons qu'il y a deux situations bien différentes.

(1) Cass. 7 fév. 1877 (S. 1877. 1. 393); Cass. 10 fév. 1880 (S. 1880. 1. 182).

1° La créance contre l'assurance n'est pas dans le patrimoine de l'assuré. La masse chirographaire n'a aucun droit contre cette créance, et par conséquent se désintéressera du sort du contrat d'assurances. Si donc, le failli, se trouvant dessaisi, le bénéficiaire ne prend pas soin de payer les primes lui-même, l'assurance ne continuera pas.

2° La créance est encore dans le patrimoine de l'assuré. L'indemnité due par la compagnie tombera alors dans la masse si le failli vient à mourir avant que le paiement d'une nouvelle prime soit nécessaire.

Sinon les syndics pourraient théoriquement continuer l'assurance en payant les primes; mais c'est une faculté dont ils useront bien rarement.

Il nous reste, pour en terminer avec les assurances sur la vie, à examiner une difficulté qu'a souvent soulevée la faillite de l'assuré.

Si le failli s'est assuré au profit de sa femme, faut-il voir dans son assurance une donation que les créanciers pourront attaquer conformément aux art. 559 et 564, C. com.?

Je crois que pour résoudre la question il faut s'inspirer de l'esprit des articles qu'on veut appliquer. Ces articles veulent empêcher que les créanciers du failli ne voient une partie du patrimoine de ce failli détourné par la femme; mais l'assurance n'a jamais été dans le patrimoine du failli, et par conséquent n'a pas pu en être détournée. Quel préjudice peut causer l'opération aux créanciers? Elle peut diminuer

l'actif de la valeur de quelques primes, et par conséquent c'est seulement ces primes que les créanciers doivent pouvoir faire rentrer dans l'actif. C'est bien le principe de l'arrêt du 22 février 1888 (S. 1888. 1. 121) qui rejette la prétention des créanciers d'empêcher la femme de profiter de l'assurance, sauf le *droit d'exiger* suivant les circonstances la restitution des primes payées par l'assuré sur ses fonds personnels.

Cette décision de la Cour de cassation est difficilement conciliable avec d'autres arrêts où la Cour considère l'assurance établie au profit de la femme comme une libéralité faite en sa faveur au point de vue des questions de quotité disponible, etc.

Je crois que ce sont les considérations pratiques qu'on a fait valoir en faveur de la femme dans le cas de faillite, qui ont emporté sa décision. La Cour s'est surtout attachée à cette idée que les art. 555 et 564, C. co., veulent empêcher un véritable détournement au détriment des créanciers, et qu'il est impossible d'attribuer ce caractère à l'assurance faite par le failli au profit de sa femme.

SOCIÉTÉS.

Nous arrivons maintenant aux droits des créanciers en vertu d'un contrat de société.

Les faillites de sociétés tant civiles que commerciales donnent lieu chaque jour à des difficultés de

tous genres. Il en est beaucoup que nous n'avons pas à étudier, et nous nous bornerons, suivant le plan que nous avons suivi jusqu'à présent, à examiner :

(a) Les droits de la société en cas de faillite d'un sociétaire.

(b) Les droits d'un sociétaire contre la faillite de la société.

A. — L'art. 1865 du C. civ. nous dit : « La société finit : 1^o 4^o par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés. Quoique le mot « faillite » ne soit pas dans le texte, on reconnaît généralement qu'il faut appliquer l'art. 1865, aussi bien lorsqu'il y a faillite que lorsqu'il y a déconfiture. C'est que les deux hypothèses sont toutes voisines, et que les raisons qui font de la déconfiture une cause de résolution s'appliquant tout aussi bien à la faillite qui n'est en somme que la déconfiture du droit commercial.

Cette disposition de l'art. 1865 peut au premier abord sembler absolument déroatoire au droit commun. Nous avons dit d'une façon générale : le premier principe à poser, c'est celui de non résolution *ipso jure* par la faillite, et nous nous trouvons en présence d'un texte qui nous dit au contraire : la faillite d'un sociétaire dissout la société. Mais tous les auteurs reconnaissent avec la jurisprudence que cette dissolution de l'art. 1865 n'est pas imposée aux associés non faillis. Elle est établie à leur profit, parce que la faillite d'un sociétaire change complé-

tement les conditions du contrat. Mais elle est facultative pour eux, et ni l'associé failli, ni ses créanciers n'ont le droit d'invoquer l'art. 1865 pour rompre un contrat de société que les autres associés entendent continuer (Pardessus, t. 4, n° 1066. — Malepeyre et Jourdain, p. 298. — Req. 7 déc. 1858, Aff. Giraud, D. P. 59. 1. 135).

Nous voyons donc que l'art. 1865, malgré sa forme absolue, ne fait que reconnaître aux associés du failli la faculté de demander la résolution. Cette faculté est celle de l'art. 1184. C'est le droit commun, avec cette seule dérogation que pour obtenir la résolution d'un contrat synallagmatique ordinaire, il faut une demande en justice, et notre texte rend cette demande inutile en matière de société.

L'art. 1865 semble déroger à un autre des principes que nous avons établis comme de droit commun. Les syndics en général ont le droit, avons-nous dit, d'exécuter intégralement les obligations du failli, ils devraient avoir le droit de continuer la société, et cependant le texte de l'article admet la dissolution sans leur réserver cette faculté.

Je crois qu'ici encore la dérogation au droit commun n'est qu'apparente. Tous les auteurs, en effet, reconnaissent que l'art. 1865 n° 4 ne peut pas être appliqué dans la généralité de ses termes, qu'il ne peut pas l'être à toutes les sociétés. Il faut pour bien le comprendre se reporter à ses motifs : ce que le législateur n'a pas voulu, c'est que la mort ou la

faillite d'un associé puissent imposer aux autres sociétaires, des associés qui pourraient ne pas leur convenir, et dont l'introduction dans la société pourrait même être dangereuse pour sa prospérité.

Mais ce motif n'est plausible que pour certaines sociétés, pour celles où la personnalité des sociétaires a quelque importance. On ne peut pas l'invoquer quand il s'agit de ce qu'on appelle des associations de capitaux, de ces sociétés où en réalité il n'y a pas d'associés; mais bien plutôt des apports.

Il faut donc dire : l'art. 1865 ne s'applique qu'aux sociétés *intuitu personæ*, et nous aurons à rechercher celles qui ont véritablement ce caractère.

Ainsi limité, je dis que l'art. 1865 n'est plus qu'une application du droit commun. D'après ce droit commun les syndics ont, il est vrai, la faculté d'exécuter le contrat du failli, mais exactement dans les mêmes conditions où le failli aurait exécuté lui-même.

Quand il s'agit d'une vente ou d'un louage, d'une prestation ou d'une jouissance due par le failli, lorsque le syndic fournit cette prestation ou cette jouissance, il exécute bien comme le failli aurait exécuté. Qu'importe au créancier d'être payé par une personne ou par une autre? Dès l'instant qu'il est désintéressé, il ne peut avoir aucun intérêt légitime à réclamer.

Mais en matière de société, quand les syndics viennent dire qu'ils vont se substituer au failli, entrer à sa place dans la société les associés peu-

vent toujours répondre « nous voulons comme associé celui qui est aujourd'hui failli ; nous ne voulons pas les syndics de sa faillite, nous ne voulons pas ses créanciers, c'est changer les conditions du contrat que de nous donner d'autres sociétaires que celui choisi par nous ; et dès l'instant qu'on ne nous offre plus une exécution absolument conforme au contrat, nous demandons la résolution, c'est le droit commun. » L'art. 1865 ne dit pas autre chose (1). Les syndics ne peuvent donc jamais en matière de société fournir l'exécution dans les conditions exactes de la convention. Dès lors on comprend cette résolution de l'article où la demande en justice n'est pas nécessaire puisqu'il ne peut pas y avoir de doute.

Mais quand la société est-elle *intuitu personæ*? En d'autres termes quand l'art. 1865 n° 4 peut-il recevoir son application? Je crois qu'une réponse absolue est impossible, tout dépend de l'intention des parties. Il peut se faire d'abord que l'acte de société ait prévu la difficulté ; il peut être expressément convenu que l'art. 1865 sera inapplicable, que la société continuera sans le failli, ou même qu'elle continuera avec les créanciers du failli, s'ils le veulent. Une

(1) L'art. 1865 établit, il est vrai, la dissolution complète de la société. Il produit donc des effets dans les rapports des associés non faillis entre eux. — Je ne l'étudie ici que dans la mesure où il semble modifier les droits de la masse ou les droits contre la masse.

telle clause serait certainement valable : elle n'a rien de contraire à l'ordre public (Paris, 5. 7. 1854, S. 1854. 2. 341).

Mais dans le silence du contrat quelles sont les sociétés qu'il faudra considérer comme *intuitu personæ* ? Bien certainement il faut appliquer l'art. 1865 aux sociétés en nom collectif. C'est le type dans lequel la personnalité des associés a la plus grande importance. Bien certainement aussi les sociétés anonymes ne sont pas *intuitu personæ*.

Le doute ne peut s'élever que pour les sociétés en commandite.

Je crois pour ma part qu'il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une société en commandite par intérêts ou d'une société en commandite par actions. Quand il y a commandite par intérêts, les commanditaires ont un rôle assez important à jouer. Ils ont surtout un droit de surveillance qui donne aux associés un intérêt sérieux à ne pas avoir des commanditaires dont les exigences pourraient entraver les affaires de la société. Je crois donc qu'il faudrait appliquer l'art. 1865 à la commandite par intérêt.

Quant à la société en commandite par actions, c'est une société où la personnalité des actionnaires est aussi indifférente que dans une société anonyme. Seuls les administrateurs ont à jouer un rôle personnel, aussi dirons-nous que leur faillite seule pourrait être une cause d'application de l'art. 1865, mais

qu'il n'en serait pas de même de celle d'un simple actionnaire (1).

Dans tous les cas où l'art. 1865 ne s'applique pas, il faut en l'absence de textes revenir au droit commun. Les syndics reprennent leur droit d'exécution. Le failli a par exemple souscrit des actions. Il n'a pas fait son versement complet. Les syndics pourront effectuer ce versement pour faire profiter la masse des avantages de la société. Si les syndics ne veulent pas achever de libérer les actions du failli, la société aurait théoriquement le droit de tous les créanciers synallagmatiques, le choix entre l'action en résolution avec dommages-intérêts et un paiement au marc-le-franc. Mais en pratique, le plus souvent l'hypothèse sera prévue par les statuts de la société. Il sera convenu, par exemple, qu'en cas de versement incomplet l'actionnaire perdra ses droits et que son paiement partiel restera à la société. C'est là une clause parfaitement valable, qui organise en somme la résolution dans des conditions particulières. Mais la fréquence de cette clause ne change rien aux droits théoriques de la société qui sont bien ceux que le droit commun accorde aux créanciers synallagmatiques.

En résumé nous avons deux sortes de sociétés. Les unes (*intuitu personæ*) auxquelles s'applique l'article 1865. Les autres auxquelles s'applique le droit

(1) Pardessus, n° 1057. Bravard, *Sociétés*, p. 257 et suiv.

commun. Mais l'art. 1865, lui-même, n'est que le droit commun appliqué à une hypothèse particulière, celle où il n'est pas indifférent aux associés de voir les syndics se substituer au failli, où par conséquent l'exécution que proposent ces syndics n'est pas absolument conforme au contrat.

B. *Faillite de la société.* — En examinant cette hypothèse je supposerai résolue une question qui a soulevé quelques doutes. Une société peut-elle être déclarée en faillite? Il est vrai qu'on admet généralement que la faillite est possible au moins pour certaines sociétés : celles dont le caractère commercial est nettement déterminé, et qui sont personnes morales.

Je crois cependant que la faillite de la société doit rester en dehors de notre étude des droits des créanciers synallagmatiques. En vertu du contrat synallagmatique de société l'associé est bien créancier de la société. Mais il est créancier d'une part de bénéfices, et sa créance par conséquent n'a plus d'objet. Nous n'avons donc pas à étudier des droits qui n'existent pas, et la question de savoir si la faillite d'une société est une cause de dissolution, question d'ailleurs très controversée, et en réalité en dehors du cadre de cette thèse.

CHAPITRE III.

ÉTUDE DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Il nous reste maintenant à jeter un regard d'ensemble sur le chemin que nous avons parcouru, à examiner les solutions de la loi, non pas seulement au point de vue strict de leur application par l'interprète, mais encore au point de vue de leur valeur législative.

Nous avons cherché à établir une théorie générale des droits des créanciers en vertu d'un contrat synallagmatique contre la faillite de leur débiteur. Nous avons vu que cette théorie ressortait nettement du principe de l'art. 1184 combiné avec les règles fondamentales de la loi en matière de faillite. Quand nous avons abandonné les généralités et lorsque nous nous sommes attachés particulièrement à l'étude des grands contrats synallagmatiques nous avons vu encore que les textes spéciaux à chacun d'eux ne font guère que consacrer le droit commun.

Il est vrai qu'en bien des cas la loi accorde un privilège à tel ou tel créancier synallagmatique. L'existence de ce privilège renforce ses droits, mais elle laisse subsister ceux qu'il tient de la nature synallagmatique de son titre. Nous n'avons eu en

réalité que deux dérogations à signaler dans toute cette étude.

C'est : 1^o Celle qui résulte de l'art. 550 du Code de commerce remanié par la loi de 1838, de la suppression du privilège et par voie de conséquence de l'action en résolution que devrait avoir le vendeur de meubles.

Nous avons vu en même temps que cette dérogation s'explique par des motifs d'intérêt supérieur, que même en ce qui touche la vente de meubles, elle est limitée par le droit de rétention et l'art. 576, C. com.

2^o Une autre dérogation aux principes généraux résulte des droits du locataire dans l'hypothèse de faillite du bailleur. Nous avons vu que malgré cette faillite le locataire ne peut pas être forcé d'abandonner les locaux qu'il a loués. Le contrat de bail qu'il a conclu est exécuté comme s'il n'y avait pas eu faillite. Nous avons indiqué pourquoi cette solution s'impose à l'interprète, et comment on peut essayer de la justifier au point de vue rationnel. Nous ajouterons que ces justifications sont d'après nous insuffisantes, et que nous pensons qu'il faudrait en cette matière en revenir à l'application de la théorie générale. C'est là peut-être un point sur lequel il serait bon de modifier nos lois.

En résumé nous voyons qu'il est impossible de soutenir que notre législation pèche en la matière par un défaut de vues d'ensemble, et je me séparerai résolument des auteurs, qui en réclamant un

changement dans nos lois justifient leur opinion par la nécessité de créer une théorie générale : mais ce n'est pas assez de constater l'existence de droits reconnus d'une façon générale à tous les créanciers en vertu d'un contrat synallagmatique, encore faut-il que ces droits ne soient ni exagérés ni insuffisants, qu'ils répondent aux nécessités de la pratique. Ce serait bien mal défendre la loi que de dégager ses principes sans pouvoir montrer leurs avantages. — Or je crois au contraire que les règles que nous avons étudiées dans leurs grandes lignes sont bien faciles à justifier. Quels sont en somme les termes du problème législatif ? Ne pas léser outre mesure la masse chirographaire et d'autre part ne pas méconnaître aux créanciers synallagmatiques des avantages que doit leur valoir la nature de leur titre.

Avec le système que nous avons esquissé, on obtient déjà un résultat certain, c'est que jamais les créanciers synallagmatiques ne pourront profiter de la faillite pour en faire une cause d'enrichissement. Les syndics peuvent toujours grâce à leur faculté d'exécution empêcher un pareil résultat, et cela n'est pas inutile à constater surtout après les controverses relatives à certains contrats, comme le louage.

Il est vrai d'autre part que les créanciers synallagmatiques auront un avantage évident sur les créanciers simplement chirographaires, que la perte des uns sera moins grande que celle des autres. Il est vrai aussi que si on se place au point de vue

de la pure équité, on peut se demander pourquoi dans le désastre commun de la faillite un vendeur par exemple serait plus favorisé qu'un prêteur. — Mais il est bien évident d'autre part que c'est trop demander à un contractant que d'exiger de lui une prestation, quand il sait qu'il n'en recevra pas l'équivalent, que de le forcer à se dépouiller avec la certitude de ne rien recevoir, quand il a eu l'intention de faire un échange de prestations. La loi, nous l'avons vu, empêche un pareil résultat et c'est le seul avantage qu'elle accorde au créancier synallagmatique. Ce créancier peut en outre demander des dommages-intérêts, mais ce n'est pas une faveur. Ces dommages-intérêts, tous ceux que le failli a lésés d'une façon quelconque peuvent les demander comme lui.

Il n'y aurait véritablement un avantage exagéré que si pour le paiement de cette indemnité le créancier synallagmatique ne venait pas comme les autres créanciers au marc-le-franc, et nous avons cherché à montrer que d'après les principes en vigueur la réduction à un tant 0/0 devait être effectuée.

En résumé, nous pensons que dans ses grandes lignes la loi doit être conservée, que s'il y a certaines améliorations à désirer, elles ne peuvent porter que sur des points de détail. Du reste dans le projet de loi sur la faillite, il n'est pas question de changer les droits des créanciers synallagmatiques et l'examen des nouvelles législations étrangères ne peut que

nous renforcer dans l'opinion qu'il est inutile d'invoquer sur ce point.

Cet examen va nous montrer que les lois les plus récentes, celles même qui consacrent un chapitre spécial à notre théorie, n'ont pas sur notre législation des avantages bien sérieux.

Nous allons examiner successivement les lois qui présentent quelques dispositions intéressantes sur les points qui nous occupent.

Belgique. — Des lois belges j'aurai peu de choses à dire, car en matière de faillite elles sont peu différentes des nôtres. Jusqu'en 1851 la Belgique avait conservé intactes les règles de notre Code de commerce; mais à cette époque les Chambres belges suivirent l'exemple qu'avait donné en 1838 le parlement français, et votèrent une loi nouvelle sur la faillite. Cette loi qui s'inspire des mêmes principes que la nôtre donne sur les points qui font l'objet de notre étude les mêmes solutions que le droit français.

J'ai seulement à signaler quelques différences en ce qui touche les droits du vendeur : l'art. 546 du Code de commerce modifié par la loi de 1851 pose comme notre art. 550, C. co., le principe de la perte du privilège et du droit de revendication du vendeur de meubles en cas de faillite; mais il admet une exception qui n'est pas dans la loi française, en faveur des fournisseurs de machines et d'appareils employés dans les établissements industriels. Le privilège subsiste pour ces fournisseurs pendant

deux ans à partir de la livraison à condition que la transcription de l'acte de vente ait été faite dans la quinzaine qui suivra cette livraison (art. 546).

En 1883 et en 1885 (1) la loi de 1851 a été changée sur quelques points; mais le législateur belge a eu les mêmes préoccupations qui sont aujourd'hui celles des rédacteurs de notre loi nouvelle. Il s'est inquiété surtout de la situation du débiteur malheureux et de bonne foi et a songé à adoucir certains effets de la faillite; quant aux questions d'exécution de contrats, elles sont restées en dehors de ses prévisions. — Nous pouvons donc dire que les lois qui régissent la Belgique sont, sauf la très légère différence que nous avons signalée, identiques aux nôtres sur les points qui nous occupent.

Par contre, les tribunaux belges n'ont pas toujours compris les textes de nos Codes, comme le fait notre Cour de cassation. Ils ont su éviter l'erreur dans laquelle cette Cour était tombée avant 1872 à propos des droits du bailleur et ils ont décidé que le bail doit, lorsque le preneur vient à tomber en faillite, se continuer dans les conditions où il a été conclu, pourvu que les sûretés ne soient pas enlevées (2). Avec une pareille interprétation, l'application des Codes français revient à l'application du droit commun, tel que nous l'avons compris; et elle n'aboutit

(1) Loi du 20 juin 1883 et du 23 déc. 1885, *Ann. de lég. étrangère*, année 1883 p. 510 et année 1885, p. 380.

(2) Namur, *C. de com. Belge* sous l'art. 450.

pas à des résultats bien critiquables. C'est au moins ce qu'ont pensé les Belges, qui n'ont pas éprouvé comme nous le besoin de modifier leur loi sur ce point.

Italie. — L'Italie est également un des pays dans lesquels la législation commerciale a été refondue tout récemment. — Son Code de commerce adopté par une loi du 2 avril 1882 n'est en vigueur que depuis le 1^{er} janvier 1883. — Ses rédacteurs se sont inspirés des principes de nos lois, bien plutôt que des règles adoptées dans les pays de race germanique. Aussi entre le Code de commerce du royaume d'Italie et notre législation, nous aurons à signaler des ressemblances bien plus que des différences. — Comme dans les Codes français, il n'y a pas dans le Code italien de chapitre spécial consacré aux droits des créanciers synallagmatiques, et comme chez nous il faut pour dégager une théorie générale la chercher dans les principes du droit commun identiques à ceux que nous avons étudiés. — C'est seulement à propos des droits du bailleur que la loi italienne se sépare quelque peu de la nôtre. — Elle décide : 1^o que le bailleur non payé de ses loyers devra cesser ses poursuites pendant 30 jours; 2^o Elle admet le principe de la résolution avec dommages-intérêts mais seulement quand le bail conclu par le débiteur pour les besoins de son commerce doit durer trois ans au moins à partir de l'ouverture de la faillite. En présence d'autant de concision, il est permis de

dire que la loi italienne, qui cependant date de 1883, n'est pas en progrès sérieux sur notre loi de 1838 (1).

Suisse. — La Suisse n'a pas encore de loi fédérale sur la faillite, et chaque canton reste soumis à sa législation spéciale. Il en résulte une confusion de principes d'autant plus grande que les règles admises dans les différents cantons sont très dissemblables. Dans les uns, par exemple, la faillite n'est pas admise quand la saisie est possible, dans les autres au contraire elle ne peut être que la conséquence de la saisie; toutes ces différences générales sont compliquées par une quantité de règles de détail que nous ne pouvons étudier pour chaque canton. Les jurisconsultes suisses ont du reste depuis longtemps compris les inconvénients de cet état de choses, et une nouvelle loi est en préparation, qui après de longues péripéties semble sur le point d'être votée.

Mais sur les questions qui nous occupent et qui sont du domaine du droit civil autant que de celui du droit commercial, le Code fédéral des obligations de 1881, obligatoire à partir du 1^{er} janvier 1883, nous fournit des solutions intéressantes. Nous signalerons d'abord les art. 123 et 124, qui reproduisent à peu près exactement l'art. 1654, et consacrent le droit de résolution avec dommages-intérêts, qui, nous l'avons vu, donne au créancier synallagmatique ses avantages sur les simples chirographaires.

(1) C. com. Ital., art. 702, 703.

Dans une autre disposition, l'art. 96, le Code suisse indique nettement deux principes qui sont également très importants dans notre théorie générale. Je cite le texte de cet article : « Si une des parties est déclarée en faillite, l'autre partie peut se refuser à l'exécution, jusqu'à ce qu'une garantie lui ait été fournie pour l'exécution de l'obligation contractée à son profit. » Ces derniers mots nous montrent que :

1^o Malgré la faillite l'exécution du contrat peut avoir lieu dans certains cas, ce qui est une application du principe de la non résolution *ipso jure*.

2^o En supposant qu'une garantie soit donnée pour l'exécution de l'obligation, la loi admet que cette obligation ne doit pas forcément être exécutée immédiatement et par conséquent il n'y a pas déchéance du terme, quand les syndics garantissent l'exécution. C'est la solution que nous avons proposée pour le droit français, en faisant remarquer toutefois qu'elle est douteuse dans l'état actuel de notre législation.

Passons maintenant aux applications à faire de ces principes aux principaux contrats.

Vente. — Il y a des différences à noter en ce qui touche la vente parce que, comme nous l'avons vu, l'application de notre théorie dans l'hypothèse de la faillite du vendeur dépend toute entière de la question de translation de propriété, et les principes du Code fédéral sur cette matière diffèrent sensiblement des nôtres.

D'après ce Code, la vente est un contrat par lequel une des parties s'oblige à transférer la propriété (art. 229) et la propriété mobilière n'est transférée que par la mise en possession (art. 199).

Dès lors, quand la livraison n'aura pas été faite, l'acheteur n'aura pas l'action en revendication contre la masse des créanciers du failli vendeur.

Bail — a). A la différence de nos lois, le Code fédéral prévoit formellement l'hypothèse de la faillite du bailleur et il règle cette hypothèse suivant les principes que nous voudrions voir en vigueur dans notre législation. Il fait l'application exacte de la théorie générale, et décide que le preneur ne peut pas exiger après la faillite l'exécution du contrat. Il a seulement droit à des dommages-intérêts (art. 281 pour les baux à loyers, 314 pour les baux à ferme).

b). Dans le cas où c'est le preneur qui tombe en faillite les solutions de la loi suisse sont beaucoup moins scientifiques, et l'hypothèse est réglée différemment suivant qu'il s'agit d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme.

Dans le premier cas la résolution est facultative de la part du bailleur (art. 288).

Pour les baux ruraux, la résolution est au contraire de plein droit (art. 315). Ce qui est une étrange dérogation aux principes généraux. Cependant lorsque des sûretés suffisantes sont données au bailleur pour le loyer courant et le montant de l'inventaire,

il est tenu de laisser subsister le bail jusqu'à la fin de l'année de location (1).

Contrat d'édition. — Dans les règles relatives à ce contrat spécialement organisé par la loi suisse, nous trouvons encore un texte sur la faillite de l'un des contractants : il n'est du reste qu'une application des principes du droit commun. C'est l'art. 390 ainsi conçu : En cas de faillite de l'éditeur, l'auteur ou ses ayant-cause peuvent remettre l'œuvre à un autre éditeur à moins qu'ils ne reçoivent des garanties pour l'accomplissement des obligations ultérieures du failli.

En résumé nous voyons que la théorie générale du Code des obligations est la même que la nôtre, et pas plus qu'en France, il n'y a de chapitre spécial sur cette théorie. Mais en matière de vente les principes conduisent à des résultats différents des nôtres à cause des règles particulières au Code fédéral en matière de translation de propriété par la vente. En ce qui touche le bail, nous trouvons une disposition dérogatoire quand il s'agit de fermages (art. 315) et cette dérogation, motivée par des considérations d'ordre tout pratique, est fort remarquable dans une loi aussi scientifique que le Code des obligations.

(1) Dans ce cas où en vertu de l'art. 315 il y a résolution, on applique l'art. 312, a. 3, ainsi conçu : Lorsqu'il s'agit d'un bail rural le fermier n'a pas le droit aux fruits pendants lors de la résiliation. Mais les frais de culture correspondants doivent lui être remboursés par le jugement, sauf imputation du fermage courant.

Autriche-Hongrie. — Il faut faire une différence entre les provinces cisleithanes et les provinces hongroises. Les premières sont régies par une loi du 26 décembre 1868, qui est rédigée à peu près sur le modèle du Code prussien du 8 mai 1855. — Cette législation de 1868 a été légèrement modifiée par une loi du 16 mars 1884 (1). Mais cette loi s'occupe exclusivement des actes du failli qui doivent être annulés, parce qu'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers. Pas plus que dans le Code de 1868 nous ne trouvons de dispositions originales sur nos questions. Mais cette législation n'est en vigueur que dans une partie de l'empire d'Autriche et le royaume de Hongrie est au contraire soumis à une loi toute récente, et qui est une de celles qui consacrent un chapitre spécial aux droits des créanciers synallagmatiques du failli. — Cette loi a été sanctionnée le 27 mars 1881, promulguée à la Chambre des députés le 29 du même mois, et à la Chambre des Magnats le 30 (2).

Le chapitre II (art. 18 à 25) est consacré aux effets de la faillite sur les contrats synallagmatiques qui sont antérieurs à cette faillite.

La loi nous parle d'abord des contrats exécutés en totalité ou en partie par celui qui avait contracté avec le failli. — Elle n'accorde pas de résolution

(1) *Ann. lég. étrangère* (Notice J. Challamel), p. 280 et 304.

(2) *Ann. de lég. comparée*, 1882, p. 320 (Notice de Bufnoir).

dans cette hypothèse. Le contractant est simplement admis à produire à la faillite pour les dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat à son égard (art. 18 et 19).

La loi passe ensuite aux contrats qui n'ont reçu aucune exécution. Ici elle admet une résiliation facultative de la part du créancier, mais laisse aux syndics la faculté d'exécution (art. 20 et 21). Il n'y a qu'une hypothèse où l'exécution ne peut être exigée par les syndics, c'est dans le cas d'un marché à livrer ayant pour objet des mercuriales ou des marchandises cotées en Bourse. Dès lors, en effet, l'exécution devient inutile et peut sans inconvénient être remplacée par un paiement de différence (art. 21). Cette disposition d'ordre tout pratique est empruntée à la loi allemande dont nous allons parler dans un instant.

La loi hongroise, outre ces dispositions générales, contient des règles particulières aux baux.

Comme la loi suisse, elle vise d'abord l'hypothèse de la faillite du bailleur et décide que le bail est maintenu, sauf les effets de la vente de l'immeuble loué (art. 22).

Si le failli est preneur, le bail peut être résilié de part et d'autre moyennant congé. Mais cette résiliation donne droit à des dommages-intérêts à celle des deux parties qui en est la victime (art. 22) et cette disposition suppose que le bail a reçu un commencement d'exécution, sinon la faillite l'annulerait purement et simplement (art. 23).

Quant au contrat de louage de services, il peut être résilié de part et d'autre en cas de faillite (art. 24).

En somme, nous voyons que la loi autrichienne n'a pas un caractère bien scientifique. Comme la loi allemande dont elle est évidemment inspirée, elle est surtout pratique.

Nous remarquerons qu'elle fait au créancier synallagmatique une situation fort dure, quand il y a déjà eu exécution de sa part puisque, alors, elle ne lui accorde pas la résolution, et le réduit au rang de simple chirographaire sans tenir compte, comme les autres lois que nous avons vues jusqu'à présent, de la nature synallagmatique de son titre (art. 18 et 19).

Allemagne. — L'empire d'Allemagne est régi, en matière de faillites, par la loi du 10 février 1877. Le chapitre deuxième de cette loi est consacré à la théorie qui nous occupe. Il est intitulé « *Erfüllung des Rechtsgeschäfte* ». Dans l'art. 15 qui est le premier de ce chapitre, les rédacteurs posent le principe de la non résolution *ipso jure* en cas de faillite, ils décident que les syndics pourront opter pour l'exécution, mais à condition de déclarer leur option sans retard. Le chapitre tout entier ne comprend qu'une autre disposition qui ait un caractère un peu général, c'est l'art. 21 qui décide que lorsqu'il y aura eu livraison faite au failli son cocontractant ne pourra pas réclamer l'objet livré, quand la propriété aura été transférée.

C'est une différence avec notre loi française, dont

le droit commun est la résolution, et après la résolution la revendication contre la masse quand bien même le marché aurait rendu le failli propriétaire.

Avec l'art. 16 nous arrivons immédiatement aux dispositions exclusivement pratiques. Cet article décide que l'exécution ne pourra pas être demandée (malgré les termes de l'art. 15) pour les ventes à livrer de marchandises cotées en Bourse — et qu'une simple réclamation de différences sera possible. Nous avons trouvé une règle analogue dans la loi hongroise.

L'art. 17 règle les deux hypothèses de faillite du preneur et du bailleur.

Dans le cas de faillite du preneur la résiliation, d'après cet article, est facultative de la part du preneur ou du bailleur. Quant au contraire c'est le bailleur qui tombe en faillite, la vente faite par le syndic produira les mêmes effets qu'une vente forcée, et par conséquent le premier ne sera pas mis sans raison hors de la faillite, comme dans notre droit français. C'est une des supériorités de la loi allemande sur nos codes.

En matière de louage de services la loi (art. 19) pose le même principe de résiliation facultative pour les deux parties qu'en matière de louage de choses.

Enfin le dernier article du chapitre, l'art. 21, renvoie pour les droits non prévus dans les articles précédents à la législation antérieure de l'empire ou des États de la Confédération. Ce dernier texte nous montre bien que les rédacteurs de la loi allemande

n'ont pas eu la prétention de régler d'une façon générale et définitive les droits des créanciers synallagmatiques.

Cette loi a donc l'avantage de prévoir deux hypothèses qui ne sont pas réglées par notre loi française; celle de la faillite du bailleur dans le cas de louage de choses, ou d'une des deux parties dans le cas de louage de services. C'est une loi rédigée dans un sens très pratique. Ses dispositions très nettes peuvent éviter certaines des controverses que nous avons rencontrées en chemin.

En résumé, nous voyons que dans aucune des lois dont nous avons recherché les principes, nous n'avons trouvé des règles bien préférables à celle de notre législation. Les lois belges et italiennes sont presque la copie des lois françaises. La loi suisse sur la faillite est encore à faire, et les principes qu'on peut dégager du Code des obligations se rapprochent beaucoup de ceux de notre Code civil. La loi, qui en apparence semble avoir le mieux dégagé une théorie générale, c'est la « loi allemande » de 1877, puisque cette loi est avec la loi hongroise de 1881, la seule qui contienne un chapitre spécial sur l'exécution des obligations du failli, mais l'analyse de ce chapitre nous a montré qu'en réalité les rédacteurs de la loi allemande, ont été inspirés par des considérations d'ordre très pratique, et la meilleure preuve qu'ils n'ont pas eu la prétention de faire une théorie générale pouvant s'appliquer à

toutes les hypothèses, c'est que pour tous les contrats qu'ils n'ont pas expressément prévus, ils renvoient à des lois antérieures ou particulières.

Nous sommes donc bien en droit de dire, que des principes de nos lois, se dégage une théorie générale plus scientifique tout au moins que celle des législations même les plus récentes. Sur la valeur même de cette théorie, au point de vue législatif, il est certainement difficile de donner une appréciation très certaine, mais ce qu'on peut dire nettement c'est que la critique, qu'on a le plus répétée contre nos lois en ces matières, est celle qu'elles méritent le moins. On leur a reproché de pécher par défaut de vues d'ensemble, et cette thèse toute entière est la contradiction de cette opinion. Au point de vue pratique, sauf sur quelques points de détail, que nous avons signalés en passant, il ne semble pas que notre législation puisse être sévèrement critiquée.

Il n'est peut-être pas inutile de faire de semblables remarques à une époque où nous avons une tendance exagérée à admirer tout ce qui nous vient de l'étranger, et à critiquer nos propres lois, quelquefois avant de les connaître bien complètement. Aussi quand je songe à ce qu'une loi nouvelle pourrait apporter encore d'obscurité, dans une matière déjà délicate, je suis tenté de résumer mes conclusions par cette parole de Juvénal :

« *In pessima republica plurimæ leges.* »

POSITIONS

DROIT RÔMAIN.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

I. — A l'époque classique, le créancier d'un *filius familias* pouvait le mettre *in carcere privato*, quand il ne payait pas sa dette.

II. — La puissance paternelle était à l'origine identique à la puissance dominicale.

III. — Si l'obligation du fils de famille avait été théoriquement valable dans le droit des douze tables, le créancier en vertu de cette obligation n'aurait pu prendre aucune mesure d'exécution contre son débiteur.

IV. — Il est impossible d'expliquer par une raison unique, la disparition de la règle d'incapacité primitive des enfants de famille.

DROIT FRANÇAIS.

I. — Quand les syndics de la faillite optent pour l'exécution intégrale d'une des obligations à terme du failli, l'art. 4188 ne peut pas recevoir son application, pourvu que l'exécution soit assurée par une caution.

II. — Quand un créancier du failli en vertu d'un contrat synallagmatique obtient la résolution et des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, il doit venir au marc-le-franc pour le paiement de ces dommages-intérêts.

III. — Il y a vente en bloc, et non pas vente au poids ou à la mesure, quand la totalité des marchandises contenues dans un magasin est vendue à tant l'unité de poids ou de mesure.

IV. — Quand le failli a vendu un immeuble et lorsque la transcription n'a pas été faite avant que les syndics n'aient inscrit l'hypothèque au profit de la masse, conformément à l'art. 490 du C. co., cette masse peut se prévaloir de son droit d'hypothèque contre l'acheteur.

V. — Dans l'hypothèse où le vendeur peut invoquer l'art. 576 du C. co., le droit de résolution est accompagné d'un droit à des dommages-intérêts.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. — La *querela inofficiosi* était une sorte de pétition d'hérédité.

II. — La stipulation sous condition résolutoire était nulle dans le droit romain classique.

III. — La prescription acquisitive organisée par Justinien est interrompue à la différence de l'usucapion du droit classique par la *litis-contestatio*.

IV. — La compensation légale n'a jamais été admise à Rome, pas même dans le droit de Justinien.

DROIT FRANÇAIS.

I. — La nullité du contrat de mariage, consenti par un mineur non habilité, est relative.

II. — Quand la femme commune accepte en remploi un immeuble précédemment acheté par le mari dans ce but, son acceptation rétroagit au jour de l'acquisition.

III. — L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage naît légitime, par une fiction de légitimité, et non de légitimation.

DROIT DES GENS.

I. — L'assassinat ne peut jamais être considéré comme un crime politique, pour lequel on puisse refuser l'extradition.

II. — Sous l'empire du traité de Francfort du 20 mai 1871, conclu entre l'Allemagne et la France, les enfants mineurs ont droit, au point de vue de la nationalité, à une option différente de celle de leur père.

Vu par le Président de la thèse :
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen :
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

